

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**LEONARDO RIBAS TAVARES**

**PRISÃO PREVENTIVA ONTEM E HOJE:  
PARADIGMA E DIRETRIZES PELA LEI N.º 12.403/2011**

**CURITIBA**

**2011**

**LEONARDO RIBAS TAVARES**

**PRISÃO PREVENTIVA ONTEM E HOJE:  
PARADIGMA E DIRETRIZES PELA LEI N.º 12.403/2011**

**Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Mestre em Direito do Estado.**

**Orientador: Prof. Dr. René Ariel Dotti**

**CURITIBA**

**2011**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LEONARDO RIBAS TAVARES

PRISÃO PREVENTIVA ONTEM E HOJE:  
PARADIGMA E DIRETRIZES PELA LEI N.º 12.403/2011

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. René Ariel Dotti  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Mario Luiz Ramidoff  
Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Curitiba, de de 2011.

*Ao meu filho Leonardo e à minha esposa Juliana,  
com as escusas pelo tempo que lhes privei da  
minha companhia. Aos meus pais, Nilson e Beatriz,  
a quem devo cada passo a mais dado na vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus e aos seus "anjos guardiões" que sempre me acompanharam.

Ao professor René Ariel Dotti que, desde o primeiro momento, se prontificou a orientar-me incondicionalmente, independentemente do mérito e do rumo que os estudos tomassem.

Ao amigo Raphael de Moraes Dantas.

À UNIVEL que sempre acreditou no meu trabalho e viabilizou mais essa conquista acadêmica.

À Faculdade de Direito da UFPR e seus professores que, desde a graduação, para mim são motivo de orgulho.

## RESUMO

O presente trabalho cuida da prisão preventiva no Brasil, desde a sua concepção pelo Código de Processo Penal de 1941, passado pelas alterações legais supervenientes, até a chegada da Lei n.º 12.403/2011. Fala dos pressupostos e requisitos dessa espécie de medida cautelar, destacando a influência da Lei em referência (que trouxe novas diretrizes para a decretação) e a transição paradigmática por ela operada. Faz comparações com a legislação portuguesa. Verifica a correlação da prisão em flagrante com a prisão preventiva e traz casos pontuais de possível impasse na aplicação da Lei, inclusive com pesquisa de opinião entre juízes do Paraná. A decisão do juiz de manter ou não o réu ou indiciado preso é das mais importantes no processo penal. É interesse de todos interpretar a norma com olhos voltados para a Constituição Federal, observado o sistema acusatório, mas também, sem perder a noção de que esse instrumento é imprescindível para um processo penal democrático cuja efetividade não se pode perder na sobrevalorização de princípios e direitos favoráveis ao acusado.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Concepção. Pressupostos e requisitos. Lei n.º 12.403/2011. Paradigma. Diretrizes. Correlação com prisão em flagrante.

## ABSTRACT

This paper addresses the preventive arrest in Brazil since its conception by the Criminal Procedure Code of 1941, passing by supervening legal changes, until the Law 12.403/2011 came into effect. It cares about the assumptions and requirements of this kind of provisional measure, highlighting the influence of the Law in reference (which brought new guidelines for adjudication) and the paradigm shift it operated. It makes comparisons with Portuguese law. It verifies the correlation of imprisonment in flagrant with the preventive custody and brings individual cases of potential deadlock in the application of the law, including poll of the judges from Parana. The judge's decision to keep or not the defendant or indicted arrested is of extreme importance in criminal proceedings. It is the interest of all to interpret the norm with a close attention on the Federal Constitution, subject to the adversarial system, but without losing the notion that this instrument is essential to a democratic criminal process whose effectiveness can not be lost in the overvaluation of principles and rights favorable to the accused.

**Key words:** Preventive custody. Conception. Assumptions and requirements. Law 12.403/2011. Paradigm. Guidelines. Correlation with imprisonment in flagrant.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PRISÃO PREVENTIVA E SUA CONCEPÇÃO .....</b>	<b>13</b>
1.1 A PRISÃO PREVENTIVA TAL COMO CONCEBIDA NO CPP DE 1941 .....	13
1.2 AS ALTERAÇÕES LEGAIS SUPERVENIENTES.....	17
1.3 A NATUREZA DA PRISÃO PREVENTIVA .....	19
<b>2 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS.....</b>	<b>26</b>
2.1 PRESSUPOSTOS .....	26
2.1.1 Prova da existência do crime.....	26
2.1.2 Indício suficiente de autoria.....	27
2.2 REQUISITOS .....	30
2.2.1 Conveniência da instrução criminal .....	30
2.2.2 Asseguramento de aplicação da lei penal .....	32
2.2.3 Garantia da ordem pública .....	34
2.2.4 Garantia da ordem econômica .....	47
2.3 FUNDAMENTAÇÃO .....	48
2.4 PROVISORIEDADE.....	51
2.5 PRAZO.....	53
2.6 CESSAÇÃO .....	60
<b>3 PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A LEI N.º 12.403/2011 .....</b>	<b>62</b>
3.1 A MUDANÇA DE PARADIGMA .....	62
3.2 AS NOVAS DIRETRIZES DA PRISÃO PREVENTIVA .....	64
3.3 A SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	67
3.4 ADMISSIBILIDADE .....	68
3.4.1 Hipóteses de admissibilidade .....	68
3.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade .....	81
3.5 A INSUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE .....	83
3.6 CORRELAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM O FLAGRANTE .....	93
3.7 PRISÃO DOMICILIAR.....	97
3.8 CONTRADITÓRIO .....	99
3.9 LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO .....	102
3.10 FISCALIZAÇÃO .....	105



3.11 A PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA.....	106
3.12 A PRISÃO PREVENTIVA CUMPRIDA FORA DA JURISDIÇÃO DO JUIZ COMPETENTE .....	110
<b>4 PESQUISA</b> .....	112
4.1 PESQUISA ENTRE JUÍZES DO PARANÁ .....	112
<b>CONCLUSÃO</b> .....	114
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	117

## INTRODUÇÃO

Como que de surpresa – quando se aguardava um (inteiramente) novo Código de Processo Penal, mediante a aprovação do Projeto de Lei n.º 156/2009 –, foi sancionada a Lei n.º 12.403/2011, consectário da aprovação do Projeto de Lei n.º 4.208, de 2001, este que seguia uma discreta e lenta tramitação no Congresso Nacional.

Muitos se perguntaram sobre os motivos de mais uma reforma parcial, se em trâmite (bastante divulgado) projeto de lei para um novo Código de Processo Penal. "E a resposta para essa pergunta não é jurídica, mas política. [...] dificuldade de discutir todo o processo penal e aprovar um Código novo, frustrando, exatamente, o anseio de (quase) todos."<sup>1</sup>

No ano de 2000, uma Comissão de juristas foi formada para modificar todo o sistema processual penal. O Projeto de Lei da Câmara PLC n.º 111, de 2008 teve sua origem na proposta elaborada pela Comissão constituída pela Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos juristas Ada Pelegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti,<sup>2</sup> Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco.

A proposta transformou-se no Projeto de Lei n.º 4.208, de 2001, de iniciativa do Poder Executivo que remeteu à Câmara dos Deputados, juntamente com a mensagem n.º 214/01, a Exposição de Motivos n.º 00022 – MJ, de 25 de janeiro de 2001, do Ministério da Justiça. Após tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, foi aprovada, em 2008, a emenda substitutiva global de Plenário apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal, instituído no âmbito daquela Casa Legislativa, sob a coordenação do deputado João Campos. Na justificação da referida emenda, o grupo de trabalho promoveu a atualização do projeto original, tendo em vista a evolução da jurisprudência desde 2002.

No Senado, o projeto foi distribuído ao senador Demóstenes Torres para emitir relatório pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, tendo esta aprovado, em abril de 2009, parecer favorável com algumas emendas, posteriormente afastadas pela Câmara dos Deputados, na votação final do dia 7 de abril de 2011.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, A. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.05, jun. 2011.

<sup>2</sup> Que muito honra o autor com sua orientação no presente trabalho.

<sup>3</sup> GOMES, L. F.; MARQUES, I. L. (Coord.); BIANCHINI, A. *et al.* **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.15-16.

A Lei n.º 12.403/2011, dentre outras providências, alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

Interessa de perto ao presente trabalho a *prisão preventiva*. *Ontem e hoje*, buscando o autor demonstrar, sucintamente, a evolução desse instituto jurídico desde a sua concepção pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, até a atualidade, com a publicação da Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011. Concentraram-se esforços na demonstração da mudança de *paradigma* dessa medida consolidada pelo novo normativo, bem como na análise das novas *diretrizes*<sup>4</sup> dessa prisão processual.

O interesse se justifica porque a decisão de manter ou não o imputado preso – e isso, agora, necessariamente deve ser feito através da prisão preventiva – é das mais importantes no processo penal, com reflexos não só na efetividade do direito material como também na sociedade e na vida do imputado. "O desenvolvimento da justiça pré-julgamento é uma história de debates filosóficos, desafios práticos, ampliação de pesquisas e evolução de padrões."<sup>5</sup>

A existência de aproximadamente 220 mil presos provisórios<sup>6</sup> em território nacional traduz em números – e em almas confinadas – a importância do tema e, inegavelmente, foi razão para a inesperada aprovação da Lei n.º 12.403/2011 que busca alternativas ao cárcere, dando outras opções ao juiz e abandonando o arcaico "sistema binário ou bipolar"<sup>7</sup> de prisão ou liberdade.

---

<sup>4</sup> O autor optou por chamar assim as novas exigências legais, aplicáveis à prisão preventiva, constantes do artigo 282 do Código de Processo Penal.

<sup>5</sup> Afirmação constante de documento do Departamento de Justiça (DoJ) dos Estados Unidos, de março de 2011, que levanta o *estado da arte* da pesquisa sobre a chamada justiça pré-julgamento. *State of the Science of pretrial risk assessment*. Written by Cynthia A. Mamalian, Ph.D. *Apud* SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização. **Sala de Notícias**, 17 jul. 2011. Especial. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579)>. Acesso em: 21 jul. 2011.

<sup>6</sup> Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo cadastro nacional de inspeções nos estabelecimentos penais – Resolução n.º 47, em agosto de 2011 o número total de presos no Brasil seria 479.642, com um déficit de 148.635 vagas. (Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/Presidios\\_IE/pages/jsp/index.jsp](http://www.cnj.jus.br/Presidios_IE/pages/jsp/index.jsp)>. Acesso em: 08 ago. 2011.

<sup>7</sup> A expressão é utilizada por Luiz Flávio Gomes (GOMES, L. F.; MARQUES, I. L. (Coord.); BIANCHINI, A. *et al.* **Prisão e medidas cautelares...**)

O fundamento político da aprovação da lei foi claro: diminuir a superlotação carcerária; a oportunidade não é das melhores: em momento de inquietação social pela impunidade, com visível aumento de crimes e falta de investimento na segurança pública; porém, o mérito da norma, se bem concebido, deixa expectativas de um processo penal mais justo e mais consentâneo às formulações constitucionais e ao sistema acusatório, propiciando ao juiz instrumentos a mais de tutela processual, menos incisivos à liberdade individual.

Esse meio termo, esse ideal equacionamento entre a liberdade individual e a necessidade de um processo penal cuja efetividade não se perca num emaranhado de direitos e garantias individuais – muitas vezes sobrevalorizados numa perspectiva monocular – foi a linha de pensamento que o autor tentou implementar no desenvolvimento.

Busca-se no trabalho, assim, demonstrar a evolução do instituto jurídico tratado, resgatando-se a lógica originária da prisão preventiva (de acordo com o Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941) e, ao mesmo tempo, sugerir interpretações sistemáticas para a Lei n.º 12.403/2011 que não desnaturem essa medida enquanto instrumento maior de tutela processual penal e, porque não, social.

Sem querer violar a *honestidade científica*, nem todas as afirmações foram acompanhadas de referências, principalmente quando a assertiva trazida seja reiteradamente mencionada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Isso para não congestionar em demasia um texto que, além do mais, procurou ser objetivo e sucinto, uma inderrogável tendência na troca de informações da vida pós-moderna e no mundo globalizado.

A ínsita imperfeição, a inexperiência científica do autor e as mais variadas concepções ideológicas em relação ao tema sujeitam o trabalho a críticas. E elas são bem-vindas, construtivas ou não, para que redirecionem ou impulsionem o autor numa pesquisa que teve início há mais de onze anos, com a vivência prática da prisão preventiva e suas consequências, dentro e fora do processo.

A propósito, um pouco dessa prática – queira ou não o autor – é traduzida nas afirmações do texto e, também, em breve pesquisa realizada entre magistrados do Paraná, que voluntária e gentilmente consignaram sua sumária opinião em relação a algumas das questões controvertidas tratadas na dissertação.

O primeiro capítulo trata da concepção da prisão preventiva (de acordo com o Código de Processo Penal de 1941), das alterações legislativas supervenientes,

tentando, ao final, em poucas linhas, traduzir o entendimento dominante acerca da natureza dessa medida.

O segundo capítulo cuida dos fundamentos, nisso englobado os pressupostos, requisitos e demais exigências com relação à decretação da prisão preventiva.

O terceiro capítulo, foco principal do trabalho, enfrentou a Lei n.º 12.403/2011, essencialmente quanto a seus reflexos, a mudança de paradigma e as novas diretrizes para a prisão preventiva, fazendo breve análise dessa medida em confronto com a prisão em flagrante.

Por último, o quarto capítulo traz os resultados de pesquisa entre magistrados do Paraná, de modo que o leitor tenha noção do que, *a priori*, os juízes desse Estado estão pensando sobre questões polêmicas do tema.

A Lei n.º 12.403/2011 é absolutamente recente, entrou em vigência em 04 de julho de 2011, de modo que jurisprudência sobre sua aplicação é praticamente inexistente. A falta de entendimento consolidado, ou pelos menos de tendências na jurisprudência, levou o autor a fazer a referida pesquisa.

Aliás, a atualidade da mencionada Lei deve ser considerada nos resultados do estudo do autor, na medida em que são ainda escassas as manifestações doutrinárias a respeito do tema, representando um verdadeiro desafio a abordagem de alguns assuntos ainda inexplorados, inéditos.

De qualquer forma, não se esquivou o autor desse desafio e com esse espírito desbravador é que espera que os leitores enfrentem o texto, porque só assim a pesquisa pode ter continuidade com a contribuição da comunidade jurídica, sem se "sacrificar o bom [se esse for o caso] na busca do ótimo".<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Conselho dado em sala de aula, pelo Professor *René Ariel Dotti*, referido em nota do autor João Gualberto Garcez Ramos (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.11).

## 1 PRISÃO PREVENTIVA E SUA CONCEPÇÃO

### 1.1 A PRISÃO PREVENTIVA TAL COMO CONCEBIDA NO CPP DE 1941

Eis a redação original do Código de Processo Penal de 1941 em relação aos principais artigos que tratavam da prisão preventiva:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que fôr cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Como se percebe pela redação dos dispositivos transcritos, o Código de Processo Penal de 1941, originariamente, estabeleceu dois tipos de prisão preventiva: a **obrigatória** (prevista no art. 312) e a **facultativa** ou discricionária (prevista no art. 313).

A prisão preventiva, tanto que presentes os seus pressupostos (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), *deveria* ser decretada quando em apuração crime de pena máxima igual ou superior a 10 (dez) anos de reclusão, ou, *poderia* ser decretada, para outros crimes, na presença de algum dos seus requisitos (ainda hoje existentes): garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; assecuramento de aplicação da lei penal.

No que pertinente, assim esclarece a exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 1941 (CPP):

Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena de

reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será *obrigatória*, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado.<sup>9</sup>

Desde a redação originária do Código de Processo Penal já se percebe, é bom que se pontue de antemão, a estreita relação entre a prisão preventiva e a **gravidade** (abstrata) do crime; tanto que o legislador de 1941 tornou obrigatória essa espécie de custódia cautelar para os delitos com pena igual ou maior que 10 (dez) anos, e erigiu a uma hipótese legitimadora de decretação facultativa a circunstância de o delito ser inafiançável, conforme artigo 313, inciso I, do CPP (redação original). Na época, de regra eram inafiançáveis os delitos punidos com reclusão (art. 323, inc. I, Código de Processo Penal).

A gravidade do crime, portanto, era parâmetro que afastava do juiz qualquer tipo de análise da *conveniência*, *oportunidade* ou mesmo *necessidade* em relação à decretação da preventiva. O raciocínio jurídico era absolutamente limitado: em fase de inquérito policial ou de instrução criminal, tanto que houvesse *materialidade* (prova da existência do crime) e indícios suficientes de *autoria*, o magistrado era obrigado a decretar a prisão preventiva se o crime apurado tivesse pena máxima cominada igual ou superior a 10 (dez) anos de reclusão.

Exemplificando: a) alguém que fosse indiciado ou denunciado por roubo simples (art. 157, Código Penal), cuja pena máxima é 10 (dez) anos, tanto que houvesse prova da existência do roubo e indícios suficientes de autoria em relação ao imputado (e era somente essa a análise permitida ao juiz), necessariamente **deveria** ter sua prisão preventiva decretada – aguardaria o julgamento preso; b) alguém que fosse indiciado ou denunciado por furto simples (art. 155, Código Penal), cuja pena máxima é 4 (quatro) anos, **poderia** ter sua prisão preventiva decretada, nas situações então previstas no art. 313 do Código de Processo Penal e desde que presentes os requisitos da cautelaridade (de acordo com a apreciação judicial).

---

<sup>9</sup> Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos, em 8 de setembro de 1941 (BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Brasília, DF, 13 out. 1941).

A norma, dada sua imperatividade, só permitia juízo de valor pelo magistrado (sobre a conveniência ou a necessidade) quando o crime apurado fosse menos grave. Nesse caso – quando a pena máxima cominada fosse menor que 10 (dez) anos de reclusão – o julgador *poderia* decretar a prisão preventiva na presença dos requisitos estatuídos no art. 313 do Código de Processo Penal (redação original), avaliados em cada caso concreto.

A obrigatoriedade da prisão preventiva não escapou da percuciente crítica de Hélio Tornagui:

[...] os autores do projeto entenderam que a gravidade do crime e a consequente dureza da pena acarretam a presunção de que o agente, pelo menos, procurará furtar-se à execução de uma eventual sentença condenatória.

Pessoalmente, entendo que essa presunção é por demais arrojada. Nem a gravidade do crime, em tese, nem o rigor da pena, são suficientes para autorizá-la. Os perigos que o réu poderia oferecer, para a ordem pública, para o processo ou paa[sic] a execução dependem muito mais de sua personalidade, de seu caráter, de sua formação, que do crime. Em outras palavras: as condições subjetivas do agente e não a importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a perigosidade do agente e a necessidade de prendê-lo.

[...] A prisão preventiva compulsória, fundada numa presunção absoluta, é, a meu ver, um passo atrás no progresso e na civilização pelos efeitos nefastos que acarreta e pela imperfeição evidente como instrumento de técnica jurídica. Não ignoro a intenção louvável e a convicção sincera que a ditaram. Conhecendo, como conheço, os eminentes autores do projeto (hoje Código) consagrados durante toda a vida à justiça e ao Direito, posso felizmente proclamar-lhes a liberalidade. O art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro não é, como se tem dito, resquício do fascismo. Mas é, em meu modesto entender, um erro de clamorosas consequências, erro político e erro técnico, que precisa, quanto antes, ser extirpado da lei, para honra do Direito brasileiro.<sup>10</sup>

De acordo com Eduardo Espínola Filho, a obrigatoriedade da prisão preventiva chegou a extremos, a ponto de tribunais, mesmo os de mais prestígio, consignarem a desnecessidade de fundamentação na decisão judicial que a determina, principalmente quando diante de denúncia já oferecida.

Da 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná é a declaração, feita, em 23 de fevereiro de 1942, no acórdão unânime, lavrado pelo des. CLOTÁRIO PORTUGAL, rel. do h.c. n. 2715: "O paciente foi denunciado na vigência do atual Código do processo penal [sic]. A prisão preventiva foi requisitada também na vigência do mesmo Código. Sendo assim, é evidente que ela

---

<sup>10</sup> TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV. p.1311-1312.



devia ser decretada com observância das prescrições desse Código. E foi o que se deu. Trata-se de um crime de homicídio, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos. O art. 315 do Código citado manda que o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva seja sempre fundamentado. Invocando essa disposição, pretende o impetrante que seja nulo o decreto de prisão, por isso que não está o mesmo fundamentado. Não procede, sem dúvida, o argumento. Se o juiz é obrigado a decretar a prisão preventiva, conforme ordena o art. 312 porque o crime é punido com pena de reclusão e por tempo superior a dez anos, claro está que, no seu despacho, basta que demonstre que decreta a prisão por ocorrerem as hipóteses previstas neste artigo. E o despacho não precisa de outros fundamentos, porque a lei, para que prisão preventiva seja obrigatoriamente [sic] decretada, não exige, segundo o art. 312, outros requisitos, senão êsses constantes desse artigo. A prisão preventiva, cujo decreto deve ser fundamentado, é a que cogita o art. 313 do mesmo Código, em seus ns. I, II e III" (*Revista Forense*, vol. 92, 1942, pág. 242).<sup>11</sup>

Embora o entendimento prevalente não fosse esse (da desnecessidade de fundamentação), preponderava a ideia de que nos casos de prisão preventiva compulsória o juiz não podia apreciar a conveniência ou necessidade, limitando-se a sua apreciação em verificar a prova da infração e os indícios de autoria.<sup>12</sup>

[...] tal obrigatoriedade não dispensa o exame da existência material da infração e os indícios sérios sobre a autoria imputada à pessoa cuja prisão ordena [...]. Não basta, portanto, que o juiz se refira, apenas, ao tempo de prisão: é indispensável que mostre a existência das duas outras condições: infração material e indícios bastantes. Realmente assim é o que a lei pretende quando autoriza o uso dessa medida, no art. 311, parte final [...].<sup>13</sup>

Na prisão preventiva obrigatória do Código de Processo Penal de 1941, perceba-se, a análise que se fazia não era, em nada, instrumental. Muito pelo contrário, a cognição se dava no tocante ao mérito da imputação (materialidade e autoria). Justamente o contrário do que hoje se prega diante do princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, Constituição Federal) e da atribuição de natureza cautelar a essa espécie de prisão.

---

<sup>11</sup> ESPINOLA FILHO, E. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p.372-373. (grifo nosso)

<sup>12</sup> Por outro lado, segundo entendimento corrente da jurisprudência na época, citado pelo mesmo autor, o recebimento da denúncia não esgotava os pressupostos do art. 311 do Código de Processo Penal.

<sup>13</sup> ESPINOLA FILHO, E. *Op. cit.*, p.378-379.

Contornos de instrumentalidade ganhava apenas a prisão preventiva facultativa prevista no art. 313 da redação original do Código de Processo Penal.

Concorde-se ou não com o sistema originariamente adotado pelo Código de Processo Penal, ele tinha sua lógica: acusados de crimes mais graves, onde houvesse prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, deveriam ser presos (preventivamente) e assim responder o processo criminal; acusados de crimes menos graves não deveriam ter sua prisão decretada, a não ser em determinadas situações e que razões outras justificassem a medida.

Outrossim, a regra de que a prisão preventiva não deve ser decretada quando as provas indicarem excludente de ilicitude sempre esteve presente no art. 314 do Código de Processo Penal e, claro, essa análise passa pela averiguação de um dos seus pressupostos: *prova da existência do crime*.

## 1.2 AS ALTERAÇÕES LEGAIS SUPERVENIENTES

A Lei n.º 5.349, de 03 de novembro de 1967,<sup>14</sup> alterou a sistemática até então vigente. Aboliu-se a prisão preventiva obrigatória para os crimes mais graves (com pena igual ou maior que dez anos de reclusão).

A partir daí, a prisão preventiva tornou-se, para todos os casos, *facultativa*<sup>15</sup> e era legitimada nas hipóteses previstas no art. 313: crimes inafiançáveis<sup>16</sup>; crimes afiançáveis, em caso de indiciados vadios ou não identificados; reincidentes em crimes dolosos.

---

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

<sup>15</sup> "Não se trata, propriamente, de *faculdade*, de que o juiz usa a seu bel-prazer, a seu arbítrio, e sim de *poder discricionário*, regulado, portanto, por motivos de conveniência *que devem ser levados em consideração*" (TORNAGHI, H. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.81).

<sup>16</sup> Basicamente os punidos com reclusão – art. 323, I, Código de Processo Penal (redação original).

Onde antes a lei usava a locução *será decretada* passou a mencionar *poderá ser decretada*.<sup>17</sup>

Os pressupostos dessa espécie de prisão provisória (*prova da existência do crime*<sup>18</sup> e *indícios suficientes da autoria*) migraram do art. 311 para a parte final do art. 312 do Código de Processo Penal.

Sobreveio, quase dez anos depois, a Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977.<sup>19</sup> Esse normativo, ao largo do seu mérito, desestruturou sistematicamente o Código de Processo Penal no que diz respeito à prisão e à liberdade.

Essa norma, que alterou também o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, mudou a concepção do que se entendia como crimes afiançáveis. Tendo como parâmetro não mais a espécie de pena (se de reclusão ou detenção), passou a vedar a fiança para os crimes cuja *pena mínima* fosse superior a 2 (dois) anos de reclusão. Basta ver a redação do art. 323, inc. I, antes da Lei n.º 12.403/2011. A quantidade de pena mínima passava a ser o critério de maior abrangência e mais relevante para averiguar sobre o cabimento de fiança.

Por outro lado, pela mesma Lei, as circunstâncias legitimadoras (ou hipóteses de admissibilidade) da prisão preventiva, previstas no art. 313, deixaram de tomar por base a afiançabilidade (como critério norteador) e passaram a adotar a espécie de pena (reclusão ou detenção) e o elemento subjetivo do crime (dolo). A partir de então, ficou vedada a prisão preventiva para crime culposos. A regra era reservar a prisão preventiva para crimes dolosos punidos com reclusão, independentemente do cabimento de fiança.

Outra inovação – que desvirtuou a fiança – foi a estreita vinculação que se estabeleceu entre a liberdade provisória e a prisão preventiva. Nesse sentido, o acréscimo do parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, a determinar

---

<sup>17</sup> Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos (redação do DL 3.689/41). Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (redação dada pela Lei n.º 5.349/67 - grifo nosso).

<sup>18</sup> "A expressão usada no art. 312 do Código de Processo Penal deve ser entendida como prova da existência do *fato criminoso* em sua materialidade" (TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.1308).

<sup>19</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

a concessão de liberdade provisória para os casos de flagrante onde não se faziam presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Na sequência veio a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (*Lei Antitruste*)<sup>20</sup> – que dispunha, dentre outros, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. O art. 86 dessa Lei<sup>21</sup> deu nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, traduzindo um "novo"<sup>22</sup> requisito para a prisão preventiva: *garantia da ordem econômica*.

Certo é que, mesmo antes da Lei Antitruste, já existia a Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986, que dispunha sobre crimes contra o sistema financeiro nacional. Tentou-se (houve veto), na última, erigir a *magnitude da lesão causada* como requisito paralelo para a decretação da prisão preventiva nos crimes da espécie.<sup>23</sup>

Ou seja: tanto buscou o legislador que acabou conseguindo erigir a ordem econômica ou financeira como parâmetro legal para a decretação da prisão preventiva.

A partir daí não ocorrem mais alterações em relação às normas que disciplinam a prisão preventiva no Código de Processo Penal, o que veio ocorrer apenas recentemente, com a Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011.

### 1.3 A NATUREZA DA PRISÃO PREVENTIVA

Se hoje a natureza da prisão preventiva é bem assentada na cautelaridade – considera-se a prisão preventiva uma medida cautelar de natureza pessoal (em conformidade aos ditames da novel Lei n.º 12.403/2011), inclusive buscando seus

---

<sup>20</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

<sup>21</sup> "Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.'" (grifo nosso)

<sup>22</sup> Para muitos "a *garantia da ordem econômica* é uma espécie do gênero anterior [garantia da ordem econômica]" (NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal**. São Paulo: RT, 2007. p.561).

<sup>23</sup> "Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da **magnitude da lesão causada** (VETADO). (negrito nosso)" (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011).

fundamentos no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis* –, outrora sua concepção não era tão bem definida.

Escrevendo nos *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini* (6), págs. 485 e segs., afirma Vassali que os autores italianos divergem acerca da natureza e da finalidade da prisão preventiva (o que não acontece com os autores franceses, alemães, etc.). Enquanto uns a consideram como providência cautelar, alguns a têm como ato de coerção e outros ainda como medida de segurança processual.<sup>24</sup>

Embora ilustres autores, a exemplo de Hélio Tornagui, já distinguissem a natureza cautelar e instrumental da prisão preventiva, independentemente da sua finalidade, esse pensamento, logo após a edição do Código de Processo Penal, não era bastante difundido como ocorre atualmente.<sup>25</sup>

*Providência cautelar.* A prisão preventiva faz parte de um sistema de providências cautelares que visam assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. Poderia até dizer-se: providências que se destinam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser tomadas, e isso porque tais cautelas não existem apenas no Direito processual, mas também no Direito substantivo.

Dessas precauções, algumas têm por objeto coisas (seqüestro, arresto, caução, etc.) enquanto outras visam a pessoas (custódia, detenção, prisão, etc.). *Instrumentalidade.* As providências assecuratórias não são um fim, mas um meio para assegurar as definitivas. Assim, *verbi gratia*, o arresto dos bens se faz para garantir o pagamento do débito.

*Provisoriedade.* Do caráter meramente instrumental das providências cautelares, decorre sua transitoriedade: elas são tomadas para viverem apenas algum tempo, isto é, até que se possam tomar as definitivas. E essa é outra característica dessas medidas. [...]

A *finalidade* de tais cautelas é evitar o perigo que resulta do retardamento da providência definitiva (*periculum in mora*). Essa terá de basear-se no acurado exame dos fatos e do Direito. Para obviar os riscos de sua tardança urge tomar precauções imediatas, sem as quais pode, inclusive, acontecer que a execução da sentença se torne impossível (pense-se no devedor que dilapida o próprio patrimônio ou no réu que foge).

A providência definitiva baseia-se na justiça; a provisória, na segurança. Por isso mesmo, para tomá-la basta uma *aparência de direito*, um *fumus boni iuris*. Essa a razão pela qual a lei brasileira, para a decretação da prisão preventiva, se contenta com a *prova da existência do crime* (art. 311)<sup>26</sup> e *indícios suficientes de autoria* (art. 311).<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> *Apud* TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.1306.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> Artigo referente à redação original do Código de Processo Penal – atualmente art. 312.

<sup>27</sup> TORNAGUI, H. *Op. cit.*, p.1307-1308.

A construção doutrinária e jurisprudencial dos últimos anos, principalmente após a Lei n.º 5.349/1967,<sup>28</sup> deixou clara a natureza acautelatória da prisão preventiva – o que veio a ser confirmado pela Lei n.º 12.403/2011, conforme se demonstrará mais à frente. "Não há, nas obras da doutrina do processo penal brasileiro [...], dissensão acerca da *natureza cautelar da prisão preventiva*, seja qual for a hipótese que a ensejar".<sup>29</sup>

Não obstante, João Gualberto Garcez Ramos chega à conclusão de que "a prisão preventiva decretada por *garantia da ordem pública* não é cautelar nem antecipatória, mas *medida judiciária de polícia*, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo".<sup>30</sup>

A prisão preventiva, em voz corrente, não tem sido aceita como espécie de antecipação de pena<sup>31</sup>. Também nesse sentido:

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.<sup>32</sup>

Embora o Código de Processo Penal não tenha livro próprio para ações cautelares, essa espécie de prisão foi sendo emoldurada ao longo do tempo, ganhando a feição indelével de medida cautelar, sempre submetida ao binômio *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

---

<sup>28</sup> "Posteriormente à Lei n.º 5.349/67, multiplicaram-se os pronunciamentos da natureza *cautelar* de toda e qualquer forma de prisão preventiva." (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.44).

<sup>29</sup> *ibid.*, p.46.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>31</sup> HC 90464, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007; HC 100572, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009.

<sup>32</sup> RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

E não só isso. Segundo reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva deve sempre estar balizada pelos direitos e garantias individuais previstos na Constituição. São os direitos fundamentais, cuja eficácia imediata se reconhece (nos termos do § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal), que servem de limites ao poder estatal representado pela ordem de prisão.

O tema da regularidade e do atendimento dos requisitos para a decretação da prisão preventiva é constitucionalmente relevante porque, caso se pretenda atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então devem-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito.

Em outras palavras, é necessário definir a exata conformação do seu âmbito de proteção. Tal colocação já seria suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador, tanto na concretização de determinados direitos quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5.º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4.º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito.

Como observa Martin Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país – por exemplo, empresas e sindicatos –, por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco: à oposição, aos artistas, aos intelectuais, às minorias étnicas (Cf. KRIELE, Martín. *Introducción a La Teoría del Estado - Fundamentos Históricos de La Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. de Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, p.149-150). [...]

A solução do dilema – diz Kriele – consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, "sem *divisão de poderes* e em especial sem *independência judicial* isto não passará de uma declaração de intenções". É que, explicita Kriele, "*os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos*". (KRIELE, Martín. *Introducción a La Teoría del Estado*, cit. p.150) [...]

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.

Acentue-se que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial!

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (Cf. MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990, 11 18)

Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

"A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (*rule of law*)."

(BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*, p.p.97-98)

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação esmerada ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. Nesse sentido, forte nas lições de Claus Roxin, também compreendo que a diferença entre um Estado totalitário e um Estado (Democrático) de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. Registrem-se as palavras do professor Roxin:

"Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário."

(ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000, p.258)



Nessa linha, sustenta Roxin que o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, cit., p.10). É dizer o âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional.<sup>33</sup>

A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal –, considerada a função cautelar que lhe é inerente, deve ser vista como meio de resguardar o resultado útil da atividade estatal desenvolvida no processo penal; não como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do crime.<sup>34</sup>

Induvidosamente, até que haja sentença condenatória transitada em julgado, há que vigor o princípio constitucional da presunção de inocência. Todavia, a prisão preventiva não fere este princípio, pois a prisão cautelar, por sua natureza, tem por finalidade assegurar o desenvolvimento normal do processo e a eventual execução da pena. A medida encontra seu sustentáculo justificável na razão natural da medida a ser imposta, que busca a tão aclamada tranqüilidade jurídica. O magistrado, no seu mister, deve aglutinar os princípios do interesse público e do direito de liberdade, fixando diretriz coerente com o direito. Assim conjugando-os, valorativamente, o juiz promove e garante o equilíbrio social.<sup>35</sup>

O acusado ou indiciado, na prisão preventiva, não pode ser visto como objeto de satisfação do desejo generalizado de punição da sociedade.<sup>36</sup> Ao contrário, é a prisão preventiva que serve à persecução penal efetiva, e, no proveito desta aquela se justifica, nas hipóteses e de acordo com requisitos legais, sempre observada a dignidade da pessoa humana com os direitos e garantias individuais que lhe são inerentes.

---

<sup>33</sup> Informativo STF n.º 495 (transcrições) – Prisão preventiva e direitos fundamentais, HC 91386/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>34</sup> Nesse sentido: HC 93352, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00749 (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2011).

<sup>35</sup> CIPRIANI, M. L. L. A natureza da prisão preventiva: instrumentalidade processual e cautelaridade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.6, n.31, p.50, abr./maio 2005.

<sup>36</sup> Conforme advertia Tornagui: "Depois de haver sido tratado no Direito Grego e no Romano como pessoa, sujeito de direitos, o acusado, por influência dos costumes bárbaros, passou a ser visto como simples coisa, mero objeto do processo." (TORNAGUI, H. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.03.).

Não se pode retomar, com a prisão preventiva, a chamada *lettre-de-chat*<sup>37</sup>, referida por Foucault em sua obra '*A verdade e as formas jurídicas*'. "Esta idéia de aprisionar para corrigir, de conservar a pessoa presa até que se corrija, essa idéia paradoxal, bizarra, sem fundamento ou justificação alguma ao nível do comportamento humano [...]"<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> "A *lettre-de-cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. [...] Na maioria das vezes, porém, ela era um instrumento de punição. Podia-se exilar alguém pela *lettre-de-cachet*, privá-lo de alguma função, prendê-lo, etc. Ela era um dos grandes instrumentos de poder da monarquia absoluta. [...] No caso da *lettre-de-cachet* ser punitiva, ela tinha como resultado a prisão do indivíduo. [...] Era colocado na prisão e nela devia permanecer por um tempo não fixado previamente. [...] até nova ordem, e a nova ordem só intervinha quando a pessoa que requisitara a *lettre-de-cachet* afirmasse que o indivíduo aprisionado tinha se corrigido. [...] É interessante notar que a prisão não era uma pena do direito, no sistema penal dos séculos XVII e XVIII." (FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p.95-98).

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.98.

## 2 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS

### 2.1 PRESSUPOSTOS

A doutrina mais corrente, identificando os fundamentos da prisão preventiva essencialmente no atual art. 312 do Código de Processo Penal, divide-os em pressupostos e requisitos. Os **pressupostos** seriam a *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*. Os **requisitos**, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento de aplicação da lei penal. Os pressupostos traduziriam o *fumus comissi delicti* e os requisitos (ao menos um deles) representariam o *periculum libertatis* no binômio comum das cautelares em geral.

Nesse sentido, para que uma prisão preventiva seja validamente decretada, imprescindível a presença concomitante dos pressupostos e a configuração, sempre no caso concreto, de pelo menos um dos seus requisitos (alternativos).

#### 2.1.1 Prova da existência do crime

O pressuposto *prova da existência do crime* deve ser entendido, como já ensinava Hélio Tornagui, como "prova da existência do *fato criminoso* em sua materialidade"<sup>39</sup>. Segundo ele – diferente do raciocínio para recebimento de denúncia ou queixa –, para a decretação da prisão preventiva é necessária a existência de fato que seja *crime em tese* e que também seja *crime na hipótese*. A prisão não se conformaria com a tipicidade (*crime em tese*), sendo necessário averiguar sobre eventual excludente de ilicitude.

É certo que a tipicidade já é indício de ilicitude; em outras palavras: se um fato é típico, adequado à descrição legal de crime, é sinal de que, em geral, ele é ilícito e, portanto, a ilicitude é presumida até prova em contrário, até

---

<sup>39</sup> TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.1308.

prova de que naquele caso êle foi lícito. Assim, por exemplo, o fato de matar alguém é típico, amolda-se à definição de homicídio contida no art. 121 do Código Penal. Provado que Tício matou Caio, presume-se que o ato por êle praticado é ilícito e essa presunção sômente desaparece diante da prova<sup>40</sup> de que Tício agiu em legítima defesa, etc.<sup>41</sup>

Em suma, a prova da existência do crime, exigida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, não deve se contentar com mera tipicidade, deve dar um passo além, sem antecipar culpa, na busca de elementos fáticos que, naquele caso concreto, realmente demonstrem a existência de um crime e não apontem nenhuma excludente de ilicitude (art. 314, Código de Processo Penal).

Não se pode exigir prova cabal e conclusiva nesse sentido (a mesma exigida para a condenação) – sob pena de inviabilizar a prisão em muitos casos onde ela é imprescindível e a existência do crime só poderá ser efetivamente provada com a instrução –, mas também não se coaduna a medida extrema com "resquícios" de materialidade. Entre a profundidade do mérito e a superficialidade da tipicidade, o julgador deve procurar o meio termo que traduza a convicção sumária de que um crime, de fato, tenha acontecido.

## 2.1.2 Indício suficiente de autoria

A letra da lei foi mais feliz na tradução desse pressuposto. Não exige a norma prova cabal da autoria<sup>42</sup> – o que seria inviável antes do desfecho da persecução

---

<sup>40</sup> Importante alteração nesse raciocínio (de que a presunção de ilicitude decorrente da tipicidade só é afastada por prova em sentido contrário) foi feita pela Lei n.º 11.690/2008, que alterou a redação do inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal. Essa norma contemporizou a rigidez do *ônus da prova* estabelecida na regra do art. 156 do mesmo Código. Assim, atualmente, não é necessária *prova* da excludente, basta que a parte demonstre fundada dúvida sobre a sua existência para afastar qualquer presunção de ilicitude.

<sup>41</sup> TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.1308.

<sup>42</sup> HC 107382, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 16-05-2011 PUBLIC 17-05-2011 (Disponível em: <www.stf.jus.br>); HC 159.994/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010 (Disponível em: <www.stj.jus.br>).

penal – mas sim indícios<sup>43</sup> veementes de que o sujeito passivo da prisão seja o autor do crime.

O pressuposto representa a "*suspeita jurídica* da responsabilidade do acusado"<sup>44</sup>.

A exemplo da redação do art. 126 do Código de Processo Penal (que regula o sequestro – medida cautelar de natureza real), não se conforma a lei com qualquer indício.

Os indicativos de autoria para a decretação da prisão preventiva devem ser concretos, convergentes e em número suficiente para traduzir uma forte suspeita em relação ao agente.

O pressuposto (*indício suficiente de autoria*) tem relação com a expressão *fortes indícios*, do Direito português, que lá não pode estar "assente num qualquer estrato factual, mas antes em fatos de relevo que façam acreditar que eles são idóneos e bastantes para imputar ao arguido essa responsabilidade"<sup>45</sup>.

I - A expressão fortes indícios da prática do crime doloso punível com prisão de máximo superior a três anos do art. 202.º - a) do C.P.P., inculca a ideia da necessidade de que a suspeita sobre a autoria ou participação no crime tenha uma base de sustentação segura, que essa suspeita assente em factos de relevo que façam acreditar que eles são idóneos e bastantes para imputar ao arguido essa responsabilidade. O que não invalida o entendimento de que a expressão utilizada pelo legislador porventura não constituirá mais do que uma injunção psicológica ao juiz, no sentido de uma maior exigência na ponderação dos dados probatórios recolhidos acerca do crime assacado ao arguido; II - Assim, quando a Lei fala em fortes indícios pretende exigir uma indicação reforçada filiada no conceito de provas sérias.<sup>46</sup>

Junto do primeiro pressuposto (prova da existência do crime), os indícios devem traduzir a "fumaça" robusta do cometimento de um delito (*fumus commissi delicti*) por determinado sujeito passivo da prisão preventiva.

---

<sup>43</sup> "A palavra *indício* está empregada [...] no sentido de provas leves, provas fracas" (TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.1308).

<sup>44</sup> FARIA, Bento de. *Código de processo penal*, p.368 *apud* AQUINO, J. C. G. X. de; NALINI, J. R. **Manual de processo penal**. São Paulo: RT, 2009. p.300.

<sup>45</sup> De acordo com SIMAS-SANTOS, M.; LEAL-HENRIQUES, M. *apud* CARVALHO, P. M. **As medidas de coacção e de garantia patrimonial: uma análise prática à luz do regime introduzido pela lei n.º 48/2007, de 29 de agosto**. 2.ed. Portugal - Coimbra: Almedina, 2008. p.137.

<sup>46</sup> Ac. da RL, de 08.01.2003 *in* www.dgsi.pt – proc. n.º 0096353 *apud* CARVALHO (*Id.*)

Aury Lopes Junior, em obra recentemente publicada, transcreve esclarecedora lição de Francesco Carnelutti sobre o tema:

Para CARNELUTTI, quando se diz que para emitir um mandado de prisão é necessário que existam indícios suficientes de culpabilidade, "não se está dizendo nada". A proposição "indícios suficientes" não diz nada. Como questiona o mestre italiano, devem ser suficientes, isso é óbvio, mas para quê? Sem indícios suficientes, sequer uma acusação pode ser formulada. Qual é o valor das provas de culpabilidade exigido para que o imputado possa ser detido? Será aquele mesmo que é necessário para ser processado? Para responder a essa indagação, deve-se distinguir entre juízo de probabilidade e juízo de possibilidade, posto que em sede de cautelar não se pode falar em juízo de certeza.

Seguindo a lição de CARNELUTTI, existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa. Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.<sup>47</sup>

Evidente que é o juiz, dentro da sua livre convicção ou persuasão racional, que vai avaliar sobre a pertinência e suficiência dos indícios de autoria, mas deve fazê-lo, sempre, com base em elementos concretos e de forma fundamentada.

A averiguação da autoria na prisão preventiva não exige a certeza plena nem se contenta com a suspeita ocasional lançada por algum indício isolado e inconsistente.

O juízo em relação aos indícios de autoria não é de certeza, com cognição plena ou exauriente – mas sim de verossimilhança, a exemplo do que ocorre com a antecipação de tutela no processo civil (art. 273, Código de Processo Civil).

Em conclusão, aproveitando a jurisprudência portuguesa (Ac da RP, de 31.01.2007 in *www.dgsi.pt – proc. n.º 0710476*): "não deve ser decretada a prisão

---

<sup>47</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.73.

preventiva quando seja previsível, atentas as concretas circunstâncias do caso, que o arguido não venha a ser condenado, a final, em pena de prisão efectiva".<sup>48</sup>

## 2.2 REQUISITOS

### 2.2.1 Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva decretada com base nesse requisito visa salvaguardar a instrução do inquérito ou do processo que, diante da liberdade do agente, está ameaçada ou corre o risco objetivo de ser desvirtuada.

A necessidade da prisão está no fato de que o agente, ou alguém por ele, está impedindo ou atrapalhando a escorreita produção de provas. A condição de liberdade do réu ou indiciado – algumas vezes fomentada pelo seu cargo, condição social ou política e até poder econômico –, empiricamente, está maculando ou desvirtuando a produção probatória.

É o caso de réus que ameaçam vítimas e testemunhas, destroem evidências materiais ou procuram, de qualquer modo, atravancar o curso e o desfecho da persecução penal.

**A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais orienta-se no sentido de reconhecer a legitimidade jurídico-constitucional da decretação de prisão preventiva quando o indiciado/réu, diretamente ou por intermédio de terceiros pessoas, coage, ameaça, corrompe ou alicia testemunha (RTJ 204/348, Rel. Min. MENEZES DIREITO – HC 88.091/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 91.407/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 136.942/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER – RHC 24.891/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, v.g.), ou, ainda, oferece-lhe ou promete-lhe vantagem financeira indevida para que altere a verdade em seu depoimento (HC 92.741/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).<sup>49</sup>**

---

<sup>48</sup> CARVALHO, P. M. **As medidas de coacção e de garantia patrimonial...**, p.139.

<sup>49</sup> Informativo STF n.º 577, HC 102732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio – Voto do Min. Celso de Mello.

Na situação em que a liberdade do agente está dificultando a coleta dos elementos de convicção "necessários ao alcance da verdade processual — notadamente quando envolver indevida influência à prova testemunhal —, faz-se necessária a decretação da prisão preventiva". Em outras palavras: "o risco de o acusado criar obstáculos para a coleta da prova é o bastante para a decretação da prisão preventiva, sob o título da conveniência da instrução criminal", conforme já estabeleceu o STF.<sup>50</sup>

A mesma Corte Suprema consignou: "não faz sentido a manutenção da prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. A prisão preventiva é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, art. 93, IX e art. 5.º, XLVI)."<sup>51</sup> Faz sentido o entendimento, considerando o direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, Constituição Federal) e o princípio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

O caráter instrumental (ou cautelar) da prisão preventiva, por esse requisito, fica bastante evidente. O que se tutela, com a medida, é o próprio interesse estatal num processo penal efetivo, cujo resultado é absolutamente dependente da colheita de provas que melhor retrate o acontecimento pretérito dos fatos.

Evidente que a locução *conveniência*, citada na lei, não deve ser interpretada ao pé da letra. Diante da excepcionalidade da medida cautelar e do postulado da não-culpabilidade, a prisão deve ser mais do que "conveniente" para a instrução, deve ser necessária e adequada às circunstâncias do fato, condições pessoais do agente e gravidade do crime, conforme art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Aliás, em se tratando de prisão preventiva, a palavra *necessária* é uma constante que não se compatibiliza com *conveniência*. Mesmo antes do advento da Lei n.º 12.403/2011 a doutrina e a jurisprudência já vinham reconhecendo isso. A ideia é singela: se a regra é a liberdade e a prisão provisória é exceção, esta só deve ser aplicada em caso de relevante necessidade; necessidade que deve ser

---

<sup>50</sup> HC 105614, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 09-06-2011 PUBLIC 10-06-2011 (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011).

<sup>51</sup> Informativo STF n.º 495 (transcrições) – Prisão preventiva e direitos fundamentais, HC 91386/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes.



avaliada de acordo com os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, mas que não pode ser levada a extremos.<sup>52</sup>

[...] a prisão preventiva não há se há de decretar por razões de conveniência ou utilidade subalternas, ou desproporcionais ao mal que, pela segregação, se há de causar ao acusado. Embora não se possa abandonar a expressão *conveniência*, será necessário que haja, *além da urgência*, uma relação de *proporcionalidade* entre a utilidade e a prisão, não somente em termos qualitativos, mas também, por vezes, em termos quantitativos: uma prisão preventiva decretada por prazo curto, ainda que para atender a uma conveniência de média importância, não é, decididamente, ilegítima.<sup>53</sup>

Assim como ocorre com os demais requisitos da prisão preventiva, o juiz não pode operar com presunções hipotéticas de estorvo para a instrução – com ilações. É necessário que verifique (e na decisão indique) concreta e pontualmente qual a ação ou omissão do agente (direta ou indireta) que milita em desfavor da instrução da causa, de modo que fique transparente, para qualquer um, a razão pela qual a prisão cautelar do réu ou indiciado viabiliza a colheita de provas ou favorece o êxito da instrução.

Em outros termos, como já assentou o STF na relatoria do Ministro Gilmar Mendes, é necessária a "indicação de fatos concretos que levantem suspeita ou ensejem considerável possibilidade de interferência da atuação do paciente para retardar, influenciar ou obstar a instrução criminal."<sup>54</sup>

### 2.2.2 Asseguramento de aplicação da lei penal

Por esse requisito, a prisão preventiva deve ser decretada para assegurar que, ao final e com o desfecho do processo, a lei penal tenha efetividade – essencialmente

---

<sup>52</sup> Conforme adverte João Gualberto Garcez Ramos: "[...] dizer que a prisão somente pode ser decretada em termos de necessidade absoluta, levaria ao seguinte absurdo lógico: um acusado ameaça de morte uma testemunha de um total de cinco que o viram cometer um crime. Se ele a matar, restarão quatro a testemunhas contra ele. Numa situação como essas não há, rigorosamente, necessidade absoluta de prisão preventiva *por conveniência da instrução criminal*. Há, isto sim, conveniência." (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.135).

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Informativo STF n.º 495 (transcrições) – Prisão preventiva e direitos fundamentais, HC 91386/BA.

fazendo com que o imputado se submeta à eventual sanção que lhe seja imposta em futura decisão condenatória.

É a prisão servindo como uma espécie de "garantia" ao cumprimento da pena e de submissão do réu ou indiciado ao que a lei penal lhe reserva diante do processo e do crime que, aparentemente, cometeu – lembre-se dos pressupostos *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*.

Como se o legislador, para estabelecer o requisito, tivesse indagado: de que adianta todo um inquérito, um processo, movimentando toda a máquina judiciária se, ao final, não estará o réu presente para se sujeitar à sanção que lhe for imposta?

Reiteradamente a jurisprudência tem reconhecido a fuga do acusado do distrito da culpa (o fato de se ter ou estar foragido) como um dos fatores de caracterização da *conveniência da instrução criminal*<sup>55</sup>. O Supremo Tribunal Federal, não obstante, tem precedentes no sentido de que se o acusado foge porque considera a prisão injusta, não há fundamento hábil para a preventiva – ainda mais se a fuga tiver como escopo discutir a legitimidade da decisão (HC 94246/SP, HC 93803/RJ).

[...] nem toda a fuga representa um risco à aplicação da lei penal. É preciso que esteja presente o ânimo do agente de furtar-se a tal aplicação. Se a finalidade do agente, ao ausentar-se do distrito da culpa, era apenas de proteger-se temporariamente de situações processual e pessoal menos favoráveis, não se caracteriza a hipótese autorizadora da prisão preventiva.<sup>56</sup>

Importante destacar, mais uma vez, a inaplicabilidade de suposições para justificar a medida. Imprescindível que, no específico caso concreto, de acordo com a atuação do agente, fique caracterizada a fuga, a tentativa de fuga ou a propensão empírica de ele assim o fazer.

Não é necessário que o imputado fuja para que somente depois se decrete a prisão preventiva (até porque nesse caso a medida seria inicialmente ineficaz), mas também não pode o juiz se valer de conjeturas desprovidas de circunstâncias que indiquem essa real possibilidade.

---

<sup>55</sup> HC 106816, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011 (Disponível em: <www.stf.jus.br>); HC 166.903/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 10/06/2011 (Disponível em: <www.stj.jus.br>).

<sup>56</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.383.

### 2.2.3 Garantia da ordem pública

Eis o requisito da prisão preventiva de definição mais conturbada. Doutrina e jurisprudência não explicam, com diretrizes seguras e uniformes, em que consiste a *ordem pública* ou mesmo o que caracteriza a sua *garantia*.<sup>57</sup> Vale-se "o Código de Processo Penal de um conceito jurídico indeterminado, ou apenas *determinável*, e principalmente fluido, pois varia ao sabor da evolução de uma dada sociedade."<sup>58</sup>

A locução *ordem pública* é aberta, imprecisa, e dá margem às mais variadas interpretações – talvez fosse essa a intenção do legislador, embora seja evidente a insegurança jurídica causada.

A propósito, veja-se a lição de Robert Dworkin:

O direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro. Mas isso, como sugere o princípio de Hart, significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício dos outros. Para as convenções e práticas de nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse. O insulto é da mesma grandeza quando o processo recebe o nome de punição ou tratamento. É verdade que algumas vezes impomos restrições e submetemos a tratamento um homem apenas porque acreditamos que ele não tem controle sobre sua conduta. Fazemos isso com base em leis que regem a custódia de civis e, de modo geral, após um homem ter sido absolvido de um crime sério com base numa alegação de insanidade. Mas devemos reconhecer o compromisso de princípio que essa política implica. Deveríamos tratar um homem contra a sua vontade apenas quando o perigo que ele representa é real e não sempre que calculamos que o tratamento poderá reduzir a ocorrência de crimes, se for adotado.<sup>59</sup>

Se a indefinição do conceito milita em desfavor da segurança jurídica, por outro lado permite uma maior maleabilidade, uma maior elasticidade de interpretação à necessidade de prisão preventiva para os mais variados casos onde os demais

---

<sup>57</sup> Sobre a indefinição da locução, veja-se: MOREIRA R. A. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares: comentários à lei n.º 12.403/11. **Lex Magister**, 02 jun. 2011. Doutrina. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=1009&page=1](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=1009&page=1)>. Acesso em: 26 jul. 2011.

<sup>58</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.138.

<sup>59</sup> *Apud* MOREIRA R. A. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares...**

requisitos não se fazem presentes. Talvez aí esteja a razão da insistente presença da locução na lei que, para João Gualberto Garcez Ramos, não traduz uma cautelar, mas sim "*medida judiciária de polícia*".

[...] justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.<sup>60</sup>

Definir o que é *ordem pública* não é tarefa fácil e só resta ao intérprete o caminho do caso concreto para dar contornos mais precisos para essa figura jurídica que sempre esteve presente (inclusive no Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941) no que se refere à prisão preventiva.<sup>61</sup>

O trabalho da jurisprudência tem sido importante, nesse sentido, ao estabelecer parâmetros para a compreensão do requisito. Veja-se acórdão, bastante elucidativo, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:<sup>62</sup>

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC n.º 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais:

- i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;
- ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e
- iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.

---

<sup>60</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.143.

<sup>61</sup> "O recurso a uma imagem pode ser útil para retratar a situação. A ordem pública é, nessa concepção e na estrita perspectiva do imputado, como um lago de águas plácidas, que foi afetado outrora pela prática de um crime, mas que agora se encontra calmo. Qualquer crime que seja cometido pelo imputado funciona como uma pedra que é jogada no lago e, com sua energia cinética, altera-lhe a placidez, gerando ondas na direção da margem. A prisão preventiva procura obviar essa alteração através da custódia do imputado." (*Ibid.*, p.140).

<sup>62</sup> Informativo STF n.º 495 (transcrições) – Prisão preventiva e direitos fundamentais, HC 91386/BA.

No que se refere à prisão para salvaguarda da incolumidade física do próprio imputado, "atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável."<sup>63</sup>

A propósito, a melhor forma de compreender a expressão é estabelecer parâmetros exemplificativos do seu alcance. Definir, hipoteticamente, quais situações configuram a *necessidade* de garantia da ordem pública. "Afim, é com a norma e com *standards* jurisprudenciais que se opera o direito processual penal"<sup>64</sup>.

Pois bem.

A **repercussão negativa do crime** é um desses parâmetros erigidos pela jurisprudência.<sup>65</sup> É o caso de crime que tem bastante repercussão na comunidade, causando naqueles que dele tomam conhecimento um forte sentimento de insegurança, de inconformismo com o ato praticado, de modo que a *ordem* social aparente estar abalada em função do delito.

Não há se confundir a repercussão social do crime com a sua divulgação na imprensa.<sup>66</sup> Conquanto a divulgação do crime (não só pela mídia) seja pressuposto para a repercussão social, a última é um *plus* em relação à primeira. Como cediço, existem crimes que são divulgados e não têm grande repercussão, ao contrário de outros que imediatamente tomam conta das conversas e dos boatos na população.

Outrossim, há se fazer a distinção entre a repercussão do fato criminoso como tal (a que importa), daquela eventualmente causada pelo prestígio que a vítima desfruta na sociedade. Nesse aspecto, a tutela deve se dar *em razão do fato criminoso*, de acordo com sua propagação no corpo social, e não em função da condição social do ofendido.

---

<sup>63</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.77.

<sup>64</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.12.

<sup>65</sup> Nesse sentido: HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007.

<sup>66</sup> "Não se pode confundir o estardalhaço causado em meios de comunicação sensacionalistas com relação a determinado fato criminoso, que por suas características dramáticas chame a atenção do público e as faça lucrar, como clamor público [...]. Não fosse assim, certa espécie de crimes – de maior conteúdo dramático – levaria, quase que invariavelmente, à decretação da prisão preventiva." (RAMOS, J. G. G. *Op. cit.* p.371-372).

Existem crimes que – em razão da forma de execução, circunstâncias de cometimento, dentre outros fatores – se falam e se noticiam como uma onda pernicioso no meio social, independentemente dos sujeitos envolvidos. A intranquilidade, a necessidade de *pacificação social* se dá em relação imediata com o fato, com a conduta criminosa em si. É nesse sentido que a repulsa social deve ser avaliada, e não porque a divulgação do crime na imprensa foi grande em razão da popularidade (ou publicidade) da vítima.

Veja-se a opinião de Guilherme de Souza Nucci:

A repercussão social não se destaca pela influência da mídia, embora possa ocorrer o acompanhamento dos meios de comunicação. A infração penal repercute em determinada comunidade com maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto. Aliás, há delitos cometidos e totalmente ignorados pelos habitantes de uma região. O judiciário precisa atentar para os crimes que provocam o clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança. Geralmente, aptos a gerar tal situação são os delitos verdadeiramente graves. Ilustrando, o homicídio cruel de um filho pequeno, cometido pelos seus pais, pode causar comoção geral, viabilizando a prisão preventiva. Cuida-se, afinal, de uma situação tão anormal e excepcional como é a própria natureza da prisão cautelar. Se a liberdade é a regra, considerando-se a prisão, exceção, devemos ter em mente que há crimes específicos e destacados, fugindo ao lugar-comum e atingindo as fronteiras do extraordinário. Por isso, fazem frutificar o clamor público, pleiteando providências imediatas e efetivas do Estado.<sup>67</sup>

É preponderante, por esse parâmetro, o local onde a conduta é praticada. A experiência mostra que o alvoroço social causado pelos delitos é mais evidente em comunidades pacatas, do interior, não acostumadas a conviver com a violência e a criminalidade dos grandes centros. "Por vezes, crimes causam intranquilidade tal em comunidades menores que a prisão preventiva torna-se a única maneira de devolver-lhes a paz. O juiz não pode, evidentemente, estar insensível a esse apelo [...]".<sup>68</sup>

Outro parâmetro é a **recorrência do agente criminoso** que traduz a *necessidade* de se evitar a prática de novas infrações. É o caso de indiciados ou réus que são reincidentes ou cuja vida pregressa demonstre que, se permanecerem soltos, provavelmente voltarão a delinquir.

---

<sup>67</sup> NUCCI, G. de S. **As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.64.

<sup>68</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.374.

A *ordem pública*, nesse ponto, é tutelada no sentido de se impedir que a sociedade conviva (ao menos por algum tempo) com sujeitos cuja sucessão de crimes revele dedicação à atividade ilícita.

É a situação em que o juiz pensa: pelos crimes que já cometeu, pelas prisões que já sofreu e em razão das suas *condições pessoais* (art. 282, inc. II, Código de Processo Penal) esse réu, com grande probabilidade, voltará a praticar crimes, representando potencial risco para a comunidade.

A **periculosidade do agente** também é parâmetro.<sup>69</sup> Aqui se compreende que a condição do réu, como perigoso para o convívio social, representa fator de risco para a *ordem pública*.

Essa periculosidade deve ser avaliada num contexto que abrange não só o caso concreto, mas também as suas condições pessoais e a sua vida pregressa. As circunstâncias da prática do crime e a personalidade do agente (se possível aferir por algum elemento concreto) são fatores que poderão traduzir esse parâmetro.

Caso daqueles agentes frios e calculistas, que praticam crimes premeditados ou com "requintes" de crueldade, muitas vezes sem demonstrar qualquer arrependimento ou comoção.

Não de forma corrente, a jurisprudência também já erigiu a **credibilidade das instituições do Estado** como parâmetro para aferição da garantia da ordem pública. Nesse prisma, o desacreditamento das instituições públicas, eventualmente causado pela prática ou aparente impunidade do crime, seria também condição para a prisão preventiva.

Na visão de Aury Lopes Junior, "É prender para reafirmar a 'crença' no aparelho estatal repressor".<sup>70</sup> Critica, afirmando:

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.

---

<sup>69</sup> Nesse sentido: HC 104346, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 EMENT VOL-02556-02 PP-00307.

<sup>70</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.77.

Noutra dimensão, **é preocupante- sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas- que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas.** Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policaresco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.<sup>71</sup>

Seria como que uma garantia de que os cidadãos – que abriram mão da tutela penal em favor do Estado – ficassem fiéis e acreditassem nas instituições encarregadas da persecução penal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário), sob pena de desvirtuamento da própria democracia. O fortalecimento das instituições é fator de consolidação da democracia e, na seara criminal, justificaria (quando fosse o caso) a decretação da prisão em *garantia da ordem pública*.

A **gravidade do crime** também é parâmetro de avaliação do requisito *garantia da ordem pública*, embora isso não seja pacífico na doutrina e na jurisprudência que costumam distinguir entre gravidade **abstrata** e gravidade **concreta**.

A gravidade abstrata do crime é aquela que toma por base a pena cominada, a espécie (classificação jurídica) de crime cometido. A gravidade concreta, diversamente, toma em conta circunstâncias reais e específicas da conduta criminosa que revelam a sua particular gravidade. A maneira como a conduta é praticada, o meio de execução, a forma como foi atingido o bem jurídico tutelado, tudo isso revela a gravidade concreta do delito.

Enquanto a gravidade concreta tem ampla aceitação na jurisprudência como parâmetro de constatação da *necessidade* de garantia da ordem pública, o mesmo não ocorre com a gravidade abstrata.

De acordo com boa parte da jurisprudência, a gravidade abstrata do delito já é fator de medida da sanção a ele cominada, de modo que não deveria o juiz tomar isso em conta também na resolução sobre a custódia cautelar<sup>72</sup>. Veja-se parte do voto do Ministro Celso de Mello, em caso de bastante repercussão que tratava de prisão do governador do Distrito Federal:

---

<sup>71</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.96.

<sup>72</sup> Da mesma forma que não deve tomar em conta para escolha do regime de cumprimento de pena (Súmulas 718 do STF e 440 do STJ).



Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido reiterada em diversos julgados, no sentido de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, pois esta não se destina a punir o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a conseqüente (e inadmissível) prevalência da idéia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar – considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente – não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal.<sup>73</sup>

Destaca-se, ainda no mesmo voto, a seguinte remissão:

Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual [...] 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5.º, LVII).

O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as conseqüências.

Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que [...] não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato [...].<sup>74</sup>

Não obstante, a nova Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011, parece ter acolhido a gravidade abstrata do crime como um dos fatores que, num conjunto, podem sustentar a medida cautelar de prisão preventiva. Esse entendimento também é sustentado por Edilson Mougenot Bonfim:

Entretanto, inquestionável dizer que a gravidade do crime passa a ganhar expressa relevância para os fins de decretação da custódia cautelar, eis que o legislador acolheu em seu texto sua previsão, denotando-lhe importância como elemento normativo necessário à decretação da medida. Não cabe aqui, à luz do princípio da proporcionalidade, qualquer avaliação que resulte

---

<sup>73</sup> Informativo STF n.º 577, HC 102732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio – Voto do Min. Celso de Mello.

<sup>74</sup> RTJ137/287, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

em sobrevalorização ou infravaloração, mas uma apreciação ótima da necessidade e adequação da medida, sob a luz da proporcionalidade em sentido estrito, que se condiciona à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e da personalidade do agente.<sup>75</sup>

Note-se que o art. 282 do Código de Processo Penal, com a nova redação – que indica os dois vetores das medidas cautelares (necessidade e adequação), dentre elas a prisão preventiva –, fala explicitamente (no inciso II) em *gravidade do crime* e, na sequência (o que indica que são coisas distintas a serem consideradas), em *circunstâncias do fato*.

Diga-se de outra forma: hoje, para que uma medida cautelar de prisão preventiva seja decretada, ela deve se revelar *adequada* à gravidade do crime (considerando a espécie, a classificação jurídica – abstrata, portanto) e às circunstâncias do fato criminoso (forma de execução, especificidades da conduta em si – gravidade concreta, portanto).

"Desse modo, ao rigor da lei, cobra-se nova valoração da medida face ao crime [...], visando o legislador reafirmar o caráter de *ultima ratio* para o decreto da prisão preventiva".<sup>76</sup>

A gravidade abstrata do crime, medida pela pena, sempre foi objeto de tutela legal através da prisão cautelar. Até porque, "'a tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais', escreveu RUDOLF JHERING"<sup>77</sup>.

Se outrora o legislador tornou a prisão preventiva obrigatória para crimes mais graves (com pena igual ou superior a dez anos), agora, mais recentemente, com a Lei n.º 12.403/2011, a proibiu para crimes menos graves (abstratamente falando), com pena máxima igual ou inferior a 4 anos – conforme art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal.

Na dicção do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, lembre-se (para demonstrar a importância que sempre teve a gravidade abstrata do crime) que a prisão preventiva discricionária era legitimada para crimes inafiançáveis – na época,

---

<sup>75</sup> BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**: comentários à Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p.36-37.

<sup>76</sup> BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**..., p.36.

<sup>77</sup> *Lo scopo del diritto*, p.346 *apud* LUIGI, F. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.369.

basicamente, aqueles sujeitos a pena de reclusão (art. 323, inc. I, pela redação original do CPP).

A própria razoabilidade recomenda que a prisão preventiva leve em conta (claro que não só isso) a gravidade abstrata do crime. Afinal, não tem lógica igualar, para efeito de decretação da custódia, crimes que o legislador considerou tão diferentes, inclusive no que diz respeito à sanção a que estão sujeitos os seus agentes. Se o bem jurídico é tutelado de forma mais incisiva para determinado delito (com pena maior, por exemplo), essa preocupação (de tutela) deve se estender para o campo processual, inclusive para efeito de reconhecimento da necessidade de medida cautelar, no caso, a prisão preventiva.

A gravidade do crime foi objeto de preocupação do Projeto de Lei n.º 3.789, de 2008 (que pretende dar preferência de julgamento para recursos em relação a processos que tratem de crimes com pena maior que oito anos). Na exposição de motivos do anteprojeto, de autoria de René Ariel Dotti e Rui Stoco, afirma-se (item 11) que "a quantidade penal é característica de crimes graves, justamente os que provocam reações populares quando o condenado permanece em liberdade [...]"<sup>78</sup>.

Ainda na referida exposição de motivos, esclarecem os autores, com uma visão bastante percuciente do sistema processual penal:

Os meios de comunicação tem, reiteradamente, criticado o Poder Judiciário quando determinados crimes de repercussão social ou popular provocam o interesse midiático – com suas notórias repercussões – ainda não foram julgados ou condenados os seus autores pelo Tribunal do Júri ou outro órgão, permanecem em liberdade até a decisão do último recurso. Surgem, então, as mais equivocadas propostas como a do endurecimento da lei penal como se o fenômeno da demora não fosse de índole estritamente processual. O desgaste resultante dessa situação afeta não somente o Poder Judiciário como também o prestígio da lei penal.<sup>79</sup>

Não se prega aqui, certamente não foi essa a intenção da Lei n.º 12.403/2011, que a prisão preventiva seja decretada tão somente com base na gravidade abstrata do delito. Não é isso. O que se recomenda é que a gravidade abstrata seja tomada em

---

<sup>78</sup> DOTTI, R. A.; STOCO R. Hipóteses legais de julgamento preferencial. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.224, p.5, jul. 2011.

<sup>79</sup> *Id.*

conta, tanto para fortalecer quanto para afastar a adequação dessa medida cautelar para determinado crime.

Exemplificando: uma prisão preventiva não deve ser decretada somente porque determinada conduta foi classificada como roubo (crime cometido mediante violência ou grave ameaça); por outro lado, certamente uma conduta que foi classificada como latrocínio, aparentemente (é preciso avaliar se o caso concreto não diz o contrário), revela adequação de medida cautelar mais drástica, quiçá prisão preventiva; finalmente, não é o caso de se decretar prisão preventiva para o crime de furto simples, de pouca gravidade abstrata (pena máxima de quatro anos), e nesse caso a lei veda expressamente (art. 313, I, CPP).

Por outro lado, assim exemplifica Diogo Tebet da Cruz:

Tenhamos como exemplo a situação a seguir: um indivíduo denunciado por um delito cuja pena mínima cominada seja inferior a um ano, fazendo este jus, *a priori*, à medida despenalizadora da suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Tal sujeito não sofrerá evidentemente o desfecho regular do processo penal, ou seja, a marcha processual não seguirá seu curso normal com a prolação de um decreto, em tese, condenatório. Desta maneira, concernente a hipótese em que não há a menor possibilidade de um acusado ser encarcerado ao final do processo, inviável afigura-se o advento do encarceramento preventivo sob qualquer fundamento. Tal conclusão é quase que naturalmente inferida. Ora, se não há possibilidade de o sujeito ser apenado com pena privativa de liberdade ao fim do processo, não há como se legitimar uma prisão, ainda que "processual", no desenrolar deste. A mesma premissa deve ser aplicada às denominadas infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapassará 2 (dois) anos (cf. Lei 9.099/95 c/c Lei 10.259/2001) e, mais além, a todos os casos em que *prima facie*, ou seja, no início do processo, estejam presentes circunstâncias que autorizem a substituição da aplicação de pena privativa de liberdade por outra, seja restritiva de direitos, seja de multa, adotando o mesmo critério garantista do reconhecimento da prescrição antecipada pela pena mínima ou pena ideal.<sup>80</sup>

Mesmo antes do advento da Lei n.º 12.403/2011, como advertiu Diogo Tebet da Cruz, Ada Pellegrini Grinover reconhecia como um dos requisitos básicos para a preventiva a "gravidade da infração penal objeto da imputação" e a existência de uma "probabilidade de condenação".<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.15, n.68, 2007. p.250-251.

<sup>81</sup> *Apud* CRUZ, D. T. *Op. cit.*, p.251.

Ressalta o mesmo autor, que toda interpretação diversa "fere frontalmente o *postulado da proporcionalidade*".<sup>82</sup>

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?<sup>83</sup>

Citando Cândido Rangel Dinamarco e o *postulado normativo da instrumentalidade do processo* ("todo instrumento é meio e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina"), conclui Diogo Tebet da Cruz:

Desta forma, o raciocínio teleológico há de incluir a fixação dos escopos do processo, de seus propósitos norteadores da sua instituição. Essa é nossa proposta: utilizar a proporcionalidade (e também a instrumentalidade) como filtro da utilização da prisão preventiva tendo como norte o fim do processo, observando como premissa a imputação. Tal tema nos parece não ter merecido a devida atenção da doutrina nacional, todavia, apresenta-se como importantíssima limitação do encarceramento preventivo.<sup>84</sup>

Também sedimentou-se, na doutrina e na jurisprudência, a ideia de que a prisão preventiva não pode fazer as vezes de verdadeira antecipação da pena, em detrimento do estado de inocência do indivíduo.

O Código de Processo Penal português (no art. 204.º)<sup>85</sup>, que guarda bastante semelhança no que diz respeito à prisão preventiva, foi mais objetivo na tradução dos requisitos para as medidas de "coacção" (dentre elas a preventiva):

Nenhuma medida de coacção, à exceção da prevista no art. 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:

- a) Fuga ou perigo de fuga;
- b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou

---

<sup>82</sup> CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva, p.251.

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto *apud* CRUZ, D. T. *Op. cit.*, p.253.

<sup>84</sup> CRUZ, D. T. *Op. cit.*, p.254.

<sup>85</sup> *Apud* RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal**: notas e comentários. Portugal: Coimbra Editora, 2008. p.436-438.

- c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Assim o fez, segundo percuciente esclarecimento do português Carlos Almeida<sup>86</sup>, porque o *alarme social*, não incluso no art. 204.º do Código de Processo Penal de Portugal, "é um conceito de contornos vagos e imprecisos, facilmente manipulável, desconforme com o direito processual penal de um Estado de Direito Democrático".

Diz mais o Relator, o que também pode ser aproveitado para a sistemática brasileira quando fala em *ordem pública*:

VI - O "alarme social", enquanto fundamento de aplicação das medidas de coacção, desvirtua a sua natureza cautelar e processual (art. 191.º, do Código de Processo Penal), conotando-as com as reacções criminais e os seus fins, em especial com a prevenção geral positiva.

VII - Para tranquilizar uma sociedade que vive assustada e em que existe um sentimento de insegurança é preciso que os órgãos de polícia criminal desempenhem cabal e eficazmente a sua missão e o processo penal funcione célere, permitindo que os culpados sejam a breve trecho condenados e os inocentes absolvidos, não podendo as medidas de coacção ser utilizadas para esse fim como penas provisórias ou medidas de segurança pré-criminais.

Enquanto a lei processual brasileira mantém a locução *garantia da ordem pública*, cumpre ao intérprete se valer dos parâmetros mais objetivos e concretos que possa destacar no específico caso para fundamentar a prisão preventiva, sem desvirtuá-la da condição de medida de natureza cautelar. É a recomendação, mais uma vez, da jurisprudência portuguesa:

I - O perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas, a que se refere a al. c) do art. 204.º CPP, deve resultar de circunstâncias concretas e particulares, verificadas e aferidas em concreto, não se confundindo com a convicção – seja ela mais ou menos justificada – de que, em abstracto, certo tipo de crimes – v.g. o tráfico de estupefacientes – justifica sempre ou pelo menos em regra a aplicação de uma medida de coacção, *maxime*, a prisão preventiva, dado o seu carácter especialmente perigoso ou odioso.

II - O *perigo de perturbação da ordem pública*, reporta-se ao fundado risco de grave, concreta e previsível alteração da *ordem e tranquilidade públicas*, operando a medida de coacção adequada – *maxime* a prisão preventiva –

---

<sup>86</sup> Rel. no Ac. RL de 16 de novembro de 2005, Proc. 8392/2005 – 3.ª.

apenas como meio de esconjurar o risco de lesão significativa de bens jurídicos de natureza penal, em resultado de alteração previsível da ordem ou tranquilidade públicas, e apenas pelo tempo estritamente necessário. (Ac. RE de 26 de junho de 2007, Proc. 1463/07-1.<sup>a</sup>, Rel. Antônio João Latas).<sup>87</sup>

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, a jurisprudência brasileira, ao longo dos anos, "tem se mostrado um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. A Lei n.º 12.403/11 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medidas cautelares *para evitar a prática de infrações penais*, conforme se vê do art. 282, I, CPP."<sup>88</sup>

Aury Lopes Junior critica: "a Lei 12.403/2011 não evoluiu em nada. E mais, apresentou, inclusive, um retrocesso à luz do Projeto de Lei 4208/2001 originariamente apresentado (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias 'ordem pública' e 'ordem econômica')."<sup>89</sup>

Não obstante, o mesmo autor reconhece que "a prisão cautelar sob o argumento do 'risco de reiteração' é admitida no direito comparado", citando a legislação espanhola, italiana, portuguesa e alemã.<sup>90</sup>

Em futuro próximo não se vislumbra alteração nesse quadro, na medida em que o Projeto de Lei n.º 156/2009, do novo Código de Processo Penal, mantém a locução "garantia da ordem pública ou da ordem econômica", no inc. I do art. 556.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> *Apud* RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal**..., p.438.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal: lei n.º 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata de: \_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 14.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p.37.

<sup>89</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**..., p.76.

<sup>90</sup> *ibid.*, p.98-100.

<sup>91</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

## 2.2.4 Garantia da ordem econômica

Como já se disse, foi a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (*Lei Antitruste*)<sup>92</sup> – que dispunha, dentre outros, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica – que trouxe esse requisito. O art. 86 dessa Lei<sup>93</sup> deu nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, traduzindo um "novo"<sup>94</sup> requisito para a prisão preventiva: *garantia da ordem econômica*.

João Gualberto Garcez Ramos – que também nega a natureza cautelar da prisão preventiva por esse requisito – afirma, com muita propriedade, que "o conceito de *ordem econômica* se insere no de *ordem pública*, sendo uma especialização deste."

Na mesma linha de raciocínio, a ordem econômica é, faticamente, a convivência ordenada dos agentes econômicos e, normativamente, o conjunto das regras que garantem a segurança e a liberdade das relações de produção e circulação de riquezas, bem como das que garantem a valorização do trabalho humano.<sup>95</sup>

Lembra muito bem o referido autor que o art. 170 da Constituição Federal é parâmetro de avaliação do requisito, concluindo que "atentados contra a ordem econômica serão, em suma, aqueles tendentes a atingir qualquer dos princípios" indicados na norma constitucional.<sup>96</sup>

Conforme *Manoel Pedro Pimentel*, a redação do Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados e que depois se transformaria no artigo 30 da lei n. 7.492, de 16/6/86 (sobre o qual serão tecidas considerações adiante) continha exatamente a noção de *ordem econômica* a ser considerada pelo legislador. Ainda que não tenha sido considerada por ele, poderá sê-lo pelo Juiz, no caso concreto. Dispunha a lei que a prisão do acusado de crime

---

<sup>92</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

<sup>93</sup> "Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.'" (grifo nosso).

<sup>94</sup> Para muitos "a *garantia da ordem econômica* é uma espécie do gênero anterior [garantia da ordem econômica]" (NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal**, p.561).

<sup>95</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.144.

<sup>96</sup> *Id.*



contra o sistema financeiro nacional poderia ser decretada "quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, *esteja configurada situação em que a liberdade do mesmo [refere-se ao acusado] comprometa a segurança ou a credibilidade do sistema financeiro nacional*".<sup>97</sup>

## 2.3 FUNDAMENTAÇÃO

Segundo entendimento consolidado, a fundamentação da prisão preventiva, exigida pela norma constitucional (art. 93, inc. IX, Constituição Federal) e infraconstitucional (art. 315, Código de Processo Penal), deve ser concreta, empírica, não servindo para essa finalidade a mera referência a termos legais. Deve o juiz, no específico caso, traduzir concretamente os pressupostos e requisitos (itens 2.1 e 2.2) da prisão preventiva.

A *decretação* da prisão preventiva tem de ser acompanhada das razões de fato e de direito em que se baseia. É necessário que o juiz manifeste *sempre*: - quais as provas da existência do crime; - quais as da autoria. O juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os  *fatos* que o levam a considerar *necessária* a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: "considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...". Ou então: "a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...". Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.<sup>98</sup>

A jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.144.

<sup>98</sup> TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**, p.85-86.

<sup>99</sup> Informativo STF n.º 495 (transcrições) – Prisão preventiva e direitos fundamentais, HC 91386/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes.

"Por outro lado, a ausência de remissão aos artigos de lei em que se fundamenta o decreto de prisão preventiva não é, *per se*, causa de ilegitimidade da medida".<sup>100</sup>

E mais, como adverte Aury Lopes Junior, agora com a Lei n.º 12.403/2011 "a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319"<sup>101</sup> do Código de Processo Penal.

Sobre a possibilidade de o juiz fazer remissões a razões de requerimento ou representação como fundamento de decidir, assim estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

Vale registrar, por necessário, que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a adoção, pelo Relator do Inq 650/DF, o eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, da técnica da motivação "*per relationem*" (HC 69.438/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 69.987/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, como resulta de diversos precedentes firmados por esta Suprema Corte (HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 37.879/MG, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI – RE 49.074/MA, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI).

É que a remissão feita pela decisão ora impugnada – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato ou de direito) que deram suporte à formulação do pedido de prisão preventiva pelo Ministério Público – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao seu ato decisório, da motivação a que este último se reportou como razão de pedir, tal como se verifica na espécie.<sup>102</sup>

Sob outro ângulo, é corrente o entendimento de que eventual deficiência da fundamentação na decretação da prisão preventiva não pode ser suprida em instância superior, por mais que a medida seja absolutamente necessária.

Cabe ter presente, neste ponto, na linha da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria, que **a legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e**

---

<sup>100</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.348.

<sup>101</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.59.

<sup>102</sup> Informativo STF n.º 577, HC 102732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio – Voto do Min. Celso de Mello.

**não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores** (HC 90.313/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, HC 96.715-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, HC 97.976-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

**"[...] Às instâncias subseqüentes não é dado suprir o decreto de prisão cautelar, de modo que não pode ser considerada a assertiva de que a fuga do paciente constitui fundamento bastante para enclausurá-lo preventivamente [...]"** (RTJ 194/947-948, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU). **A motivação, portanto, há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois – insista-se – a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas "a posteriori"** (RTJ 59/31 - RTJ 172/191-192 - RT 543/472 - RT 639/381, v.g.):

**"Prisão preventiva: análise dos critérios de idoneidade de sua motivação à luz de jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. A fundamentação idônea é requisito de validade do decreto de prisão preventiva: no julgamento do habeas corpus que o impugna não cabe às sucessivas instâncias, para denegar a ordem, suprir a sua deficiência originária, mediante achegas de novos motivos por ele não aventados: precedentes."** (RTJ 179/1135-1136, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifo nosso).<sup>103</sup>

Significa dizer: se o juiz de primeiro grau não fundamentou a prisão preventiva ou o fez de forma inadequada (erigindo requisito equivocado, por exemplo), o tribunal, em sede de habeas corpus, não poderá suprir a deficiência da decisão, mesmo que a prisão preventiva se revele, naquele caso concreto, imprescindível.

Indo além, o Supremo Tribunal Federal já definiu que nem mesmo o próprio juízo prolator da decisão originária pode suplementar ou acrescentar a fundamentação depois que ela já produziu efeitos.<sup>104</sup>

Nem sempre o entendimento foi esse. Outrora a jurisprudência já reconheceu a possibilidade de se suprir a deficiência da fundamentação ou de se suplementar a decisão. "Relator do rec. h. c. n. 28574, julgado em 8 de novembro de 1943, o ministro Philadelpho Azevedo assim formulou a ementa da unânime decisão:"

Embora necessária a justificativa da prisão decretada, em caso em que se tornar ela obrigatória em função da gravidade da pena, não se exige rigidez formal na fundamentação. II - Prestando informações sobre o habeas corpus, o titular da Vara, ou seu substituto podem esclarecer os elementos encontrados nos autos que tornem legítima a prisão preventiva, ainda que não destacados no despacho que a decretara. III - Contrário ao sistema seria anular, por motivo de forma um ato legítimo que teria de ser reproduzido imediatamente sem ofensa ao direito do paciente.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> HC 98862, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-06 PP-01138.

<sup>104</sup> Nesse sentido: HC 93803/RJ, rel. Min. Eros Grau, 10.6.2008.

<sup>105</sup> ESPINOLA FILHO, E. **Código de processo penal brasileiro anotado**, p.388.

Daí a importância de uma fundamentação ideal, que analise com percuciência o caso concreto no momento oportuno da decretação da medida – sob pena de acabarem soltos agentes para quem a prisão preventiva se mostra imprescindível.

## 2.4 PROVISORIEDADE

A prisão preventiva tem, sempre, natureza provisória, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal:

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A redação desse dispositivo – que não foi alterada pela Lei n.º 12.403/2011 – basicamente é a mesma desde o Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941<sup>106</sup>. Desde a concepção, portanto, o Código de Processo Penal estabelece a *cláusula da mutabilidade* para as prisões preventivas.

Nada mais coerente, na medida em que prisão preventiva tem natureza cautelar, é medida de exceção, que vem em detrimento da presunção de inocência e não se compatibiliza com a permanência.

Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que a prisão preventiva, assim como as demais cautelares,

se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, terão sua permanência condicionada às circunstâncias em que tenham sido impostas, podendo o juiz, independentemente de provocação das partes, *revogá-las, substituí-las*, bem como voltar a *decretá-las* se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, § 5.º, CPP).<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Art. 316. O juiz, salvo o caso do artigo 312, poderá revogar a prisão preventiva, se, no curso do processo, verificar a falta de motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal..., p.29.

O Código de Processo Penal português, mais explícito em relação a isso, assim estabelece no art. 212.º:

- 1 - As medidas de coacção são imediatamente revogadas, por despacho do juiz, sempre que se verificar:
  - a) Terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições previstas na lei; ou
  - b) Terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação.
- 2 - As medidas revogadas podem de novo ser aplicadas, sem prejuízo da unidade dos prazos que a lei estabelecer, se sobrevierem motivos que legalmente justifiquem a sua aplicação.
- 3 - Quando se verificar uma atenuação das exigências cautelares que determinaram a aplicação de uma medida de coacção, o juiz substitui-a por outra menos grave ou determina uma forma menos gravosa da sua execução. [...] <sup>108</sup>

A provisoriedade da prisão preventiva, a partir da Lei n.º 12.403/2011, deve ser observada (embora não haja previsão legal expressa) não só no caso de revogação e restabelecimento, mas também no que diz respeito à sua possível substituição por medida cautelar diversa que, naquele momento, seja suficiente para atender os fins cautelares que se busca resguardar.

Nesses termos também se manifesta Eugénio Pacelli de Oliveira<sup>109</sup>:

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP). Que não fique dúvida, a prisão preventiva pode ser *revogada* quando não mais estejam presentes as razões que determinaram a sua decretação; no entanto, quando ainda for necessário manter-se um grau menos gravoso de proteção ao processo, nada impede que ela, a preventiva, seja *substituída* por outra cautelar, desde que e somente se ainda estiverem presentes as hipóteses do art. 282, I, CPP. Quando o caso for de *revogação*, nada se exigirá do aprisionado, devendo ser restituída a ele, em sua integralidade, a sua liberdade; quando for *substituída*, não.

---

<sup>108</sup> RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal**..., p.440.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, E. P. de. **Atualização do processo penal**..., p.34.

Assim, se durante o processo o juiz percebe que a prisão preventiva outrora decretada não se faz mais imprescindível, podendo ser substituída por outra medida cautelar menos drástica, principalmente diante de alteração do contexto fático, deve – reconhecendo a sua precariedade – assim o fazer.

## 2.5 PRAZO

A Lei n.º 12.403/2011 não trouxe qualquer regulamentação nesse sentido. Valem, portanto, as mesmas ideias que já prevaleciam na doutrina e principalmente na jurisprudência, a consignar que o tempo de prisão – para avaliar sobre eventual constrangimento ilegal – deve ser contado com inerente auxílio do *princípio da razoabilidade*, de acordo com a complexidade e as circunstâncias do caso concreto.

Os artigos 400, 531 e 412 do Código de Processo Penal traçam parâmetros legais de tempo para os procedimentos ordinário, sumário e do júri, respectivamente. Esses artigos de lei foram base de recomendação do CNJ, no seguinte sentido:

### 3.1.1. Duração razoável do processo no procedimento ordinário

O Código de Processo Penal prevê o prazo de 60 dias para o encerramento do processo que segue o procedimento ordinário. O sumário é de 30 dias, enquanto a primeira fase dos processos que seguem o procedimento do tribunal do júri é de 90 dias. Não estabelece, de forma explícita, a partir de quando começa a contagem desse prazo.

O correto é entender-se que esse prazo se inicia a partir da decisão que o juiz profere diante do exame da resposta apresentada pela defesa (art. 399 do CPP). Então, para todos os efeitos, a duração razoável do processo, quanto ao período que vai da decisão do art. 397 do CPP até a audiência de instrução e julgamento, é de 30, 60 ou 90 dias, dependendo do tipo de procedimento. Assim, ao rejeitar as preliminares e o eventual pedido de absolvição sumária, o juiz deve marcar a realização da audiência de instrução e julgamento para, no máximo, 30, 60 ou 90 dias, conforme seja a espécie de procedimento.

Caso venha a expedir carta precatória, deverá assinalar data para o seu cumprimento tendo em consideração os prazos citados. Contudo, o Código de Processo Penal não estabelece de forma clara o prazo global para o encerramento processo.

Além de ser necessário saber qual é a duração razoável do processo imaginada pelo legislador, isso é imprescindível para a condução do processo, quando há acusado preso, a fim de evitar a caracterização de constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus.

O grupo concluiu que, como regra geral, em se tratando de procedimento ordinário, o prazo razoável é entre 105 (cento e cinco) e 148 dias, conforme explicado abaixo. Sendo o sumário, o prazo geral e razoável é de 75 (setenta e cinco) dias, enquanto, no caso do procedimento do tribunal do júri, o prazo geral para o encerramento da primeira fase do processo é entre 135 e 178 dias.

De todo modo, como se verá seguidamente, sendo o caso de diligência no curso do processo ou decorrente de pedido feito, por uma das partes, na audiência de instrução e julgamento, os prazos citados podem ser extrapolados.

### **3.1.2. Contagem dos prazos processuais para a definição da duração razoável**

Tendo em vista a reforma processual de 2008 que modificou consideravelmente os ritos, fazendo a contagem desde a fase pré-processual, que deve ser controlada pelo juiz quando houver pessoa presa, seria a seguinte, enquanto não for implantada a informatização do processo:

- a) 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito (art. 10 do CPP);
- b) distribuição imediata (art. 93, XV da CF);
- c) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – ato de secretaria/escrivania (remessa para o Ministério Público);
- d) 5 (cinco) dias para a denúncia (art. 46, caput, 1.<sup>a</sup> parte, do CPP);
- e) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – atos de secretaria (para conclusão ao juiz);
- f) 5 (cinco) dias – decisão interlocutória simples de admissibilidade da ação penal (art. 800, II, do CPP);
- g) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – atos de secretaria/escrivania (expedição do mandado de citação);
- h) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP – interpretação extensiva) - cumprimento do mandado de citação pelo oficial de justiça;
- i) 10 (dez) dias para o acusado apresentar a resposta (art. 396, caput, do CPP);
- j) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – ato de secretaria (conclusão ao juiz);
- k) 5 (cinco) dias – decisão judicial (art. 399 e 800, II, do CPP); e
- l) 60 (sessenta) dias para a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 400, caput, do CPP)

Assim, o prazo razoável, estando o acusado preso, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal, seria de 105 dias, desde que ele seja assistido por defensor constituído.

### **3.1.3. Situações excepcionais**

Serão acrescidos àqueles prazos mais 10 dias se o réu não tiver constituído defensor e for assistido por defensor público ou dativo (artigo 396-A, § 2.<sup>o</sup>, do CPP).

O rito ordinário será ampliado em mais de 7 dias, sendo 2 para atos de secretaria (abertura de vista ao Ministério Público) e 5 dias para manifestação, na hipótese em que, com a resposta da defesa, sejam apresentados documentos, ou, ainda, arguidas preliminares.

Será acrescido aos mencionados prazos, mais um período necessário/razoável ao cumprimento da diligência considerada imprescindível ao término da audiência, se for o caso, e, mais 26 dias, dois para a secretaria/cartório, por ato ordinatório, abrir vista para o Ministério Público, mais 5 para as razões finais, mais 2 para a secretaria/cartório abrir vista para o advogado, mais 5 para as razões finais da defesa, mais 2 dias para a secretaria/cartório fazer a conclusão dos autos e, enfim, mais 10 para o juiz sentenciar, em se tratando de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus (artigo 403, § 3.<sup>o</sup>, do CPP).

Possíveis excessos na conclusão do feito não podem ampliar o mencionado prazo se não imputáveis à defesa.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> BRASIL. Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal**: base de elaboração do manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal. Brasília, novembro de 2009. Parte 1, item 3, p.45-46.

O Projeto de Lei n.º 156/2009, do novo Código de Processo Penal, regulamenta a questão, estabelecendo prazos ordinários de 180 (cento e oitenta) e 360 (trezentos e sessenta) dias para prisão preventiva, conforme seja decretada antes ou por ocasião da sentença condenatória recorrível (art. 558). Determina que o juiz indique o tempo de duração da medida na decisão (art. 560) e reexamine a necessidade a cada 90 (noventa) dias (art. 562).<sup>111</sup>

De qualquer modo, ainda é projeto e o intérprete há de tomar em conta um prazo ordinário de duração da instrução criminal para avaliar se, naquele específico processo, existe ou não exagero no tempo da prisão provisória para efeito de constrangimento ilegal.

O termo inicial a ser considerado para a contagem do prazo é o dia da prisão, mesmo que seja flagrante posteriormente convertido em preventiva. Pouco importa a natureza da prisão. O que interessa é o tempo, razoável ou não, em que o réu está com a liberdade cerceada sem a formação da sua culpa (é assim que se avalia eventual constrangimento ilegal).

O flagrante, lembre-se da lição de Manzini, "é o modo mais imediato e convincente"<sup>112</sup> de notícia de crime, que inaugura inquérito policial, devendo, a partir daí (dessa prisão), a autoridade policial iniciar as diligências investigatórias. Não há razão para que o intervalo de tempo entre o flagrante e a conversão em preventiva não seja contado. Isso até para evitar que eventual demora procedimental na conversão implique em detrimento da liberdade individual do indiciado – sem descartar a hipótese de manipulação desse tempo.

Sempre foi assim, até para efeito de detração penal (art. 42, Código Penal). Não há motivo para mudança de entendimento.

Não é o que pensa, por exemplo, Fernando Capez. Referido autor defende que o tempo de prisão deve ser contado, a partir da Lei n.º 12.403/2011, da conversão

---

<sup>111</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

<sup>112</sup> MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, 1956, p.283 *apud* CASTELO BRANCO, T. **Da prisão em flagrante**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.33.



do flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, CPP) – inclusive no que se refere ao prazo de conclusão do inquérito (dez dias para réu preso, art. 10, CPP).<sup>113</sup>

O Código de Processo Penal português, que estabelece prazos para a prisão preventiva, permite (no art. 215.º)<sup>114</sup> a elevação quando o procedimento *se revelar de excepcional complexidade*.

A jurisprudência daquele país se encarregou de dar a dimensão dessa complexidade, que muito bem pode ser aproveitada em território nacional para avaliar quando a duração do processo justifica ou não o tempo de prisão cautelar.

1. A noção de "excepcional complexidade" do artigo 215.º, n.º 3, do CPP está, em larga medida, referida a espaços de indeterminação, pressupondo uma integração densificada pela análise e ponderação de todos os elementos do respectivo procedimento; a integração da noção exige uma exclusiva ponderação sobre todos os elementos da configuração processual concreta, que se traduz, no essencial, em avaliação prudencial sobre factos.
2. A especial complexidade constitui, no rigor, uma noção que apenas assume sentido quando avaliada na perspectiva do processo, considerado não nas incidências estritamente jurídico-processuais, mas na dimensão factual do procedimento enquanto conjunto e sequência de actos e revelação interna e externa de acrescidas dificuldades de investigação com refracção nos termos e nos tempos do procedimento.
3. O juízo sobre a especial complexidade constitui um juízo de razoabilidade e da justa medida na apreciação das dificuldades do procedimento, tendo em conta nomeadamente, as dificuldades da investigação, o número de intervenientes processuais, a deslocalização de actos, as contingências procedimentais provenientes das intervenções dos sujeitos processuais, ou a intensidade de utilização dos meios.
4. O juízo sobre a excepcional complexidade depende do prudente critério do juiz na ponderação de elementos de facto; as questões de interpretação e aplicação da lei, por mais intensas e complexas não podem integrar a noção com o sentido que assume no artigo 215.º, n.º 2, do CPP. (Ac. STJ de 26 de janeiro de 2005, Proc. 05P3114, Rel. Henriques Gaspar).<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> CAPEZ, F. **Prisão preventiva na nova lei**: polémica à vista. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

<sup>114</sup> "[...] 3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime." (Apud RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal...**, p.448).

<sup>115</sup> Apud RIBEIRO, V. A. P. *Op. cit.*, p.455.

Não é de hoje a crítica que se faz ao prolongamento da prisão provisória vinculado a uma lenta marcha processual. Vincenzo Manzini, em pleno regime fascista italiano, lecionava que "a liberdade individual do imputado deve ser tutelada contra a excessiva duração da custódia preventiva determinada pela injustificada lentidão da instrução; excesso que está manifestamente em contradição com o princípio da necessidade."<sup>116</sup>

À falta de legislação objetiva, pode, na verdade deve o intérprete se valer de dois axiomas constitucionais como medida do tempo de prisão, para aferir de eventual constrangimento ilegal no caso concreto: a *razoável duração do processo* (art. 5.º, inc. LXXVIII, Constituição Federal) e a *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, inc. III, Constituição Federal). Isso foi objeto de destaque em artigo de Nestor Eduardo Araruna Santiago:

Ora, o excesso de prazo na duração da prisão preventiva configura, inegavelmente, violação direta ao princípio da demora razoável da duração do processo, como corolário do princípio da economia processual. Entende-se que, quando se fala em "processo", fala-se, implicitamente, em procedimento. Assim, a realização de qualquer procedimento no curso da ação penal deve atender aos postulados constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser ilegal – e, porque não dizer? – inconstitucional.<sup>117</sup>

No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE MANTÉM A PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE DO PACIENTE. DURAÇÃO IRRAZOÁVEL DA PRISÃO PROCESSUAL DO PACIENTE QUE SE PROLONGA, SEM QUE HAJA NOTÍCIA DA PROXIMIDADE DO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA, HÁ MAIS DE QUATRO (04) ANOS. CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE OFENSA EVIDENTE AO "*STATUS LIBERTATIS*" DO PACIENTE. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

- O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata revogação da prisão cautelar do indiciado ou do réu.
- A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que

---

<sup>116</sup> *Apud* CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva, p.243.

<sup>117</sup> SANTIAGO, N. E. A. Prisão preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.8, n.31, p.190, 2008.

representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5.º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.<sup>118</sup>

Em seu voto (na referida decisão), destaca o Ministro Celso de Mello:

o excesso de prazo, portanto, tratando-se, ou não, de crime hediondo, deve ser repellido pelo Poder Judiciário, pois é intolerável admitir que persista, no tempo, sem razão legítima, a duração da prisão cautelar do réu, em cujo benefício – é sempre importante lembrar – milita a presunção constitucional, ainda que *juris tantum*, de inocência.

Como atestou Dürig, de acordo com fórmula kantiana que fez escola na jurisprudência e doutrina constitucionais alemãs,

a dignidade, no sentido daquele núcleo essencial, será heteronomamente violada quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou de um objeto do actuar estatal, na medida em que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios.<sup>119</sup>

Não se defende aqui – como fez Diogo Tebet da Cruz – "o estabelecimento de prazo peremptório e definido para a duração da prisão preventiva, *desvinculado de qualquer parâmetro processual*", com *quantum* "fixado em termos absolutos", "expressamente previsto em lei processual sem qualquer exceção ou dependência de qualquer outra fase procedimental".<sup>120</sup> Não.

Todavia, seria muito apropriado que a lei estabelecesse parâmetros objetivos, prazos certos e definidos para o encerramento de fases processuais no caso de réus presos, tomando em conta a complexidade dos mais variados procedimentos (como faz o Código de Processo Penal de Portugal). Parâmetros e prazos que excepcionalmente

---

<sup>118</sup> HC 101357-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22-03-2010.

<sup>119</sup> NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Portugal: Coimbra Editora, 2006. p.277.

<sup>120</sup> CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva, p.246.

cedessem ou pudessem ser ampliados, justificadamente, pelas circunstâncias dos casos concretos. Assim, estabelecer-se-ia um meio termo entre prazos peremptórios (que podem ser manipulados pelas partes com relação ao atraso da marcha processual) e a completa ausência de parâmetros para avaliação do tempo de prisão.

Está claro que o prazo da prisão preventiva é uma garantia do imputado. A obediência aos prazos da coerção pessoal assegura ao imputado que ele será processado em tempo razoável. Ao mesmo tempo, a existência de regras cogentes a respeito é um estímulo à tramitação célere do processo. Contudo, se a jurisprudência considerasse o desrespeito aos prazos uma causa absoluta de subtração da legalidade da prisão processual, haveria um irresistível estímulo à fraude processual.<sup>121</sup>

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 3.789, de 2008 (de autoria de René Ariel Dotti e Rui Stoco), pelo qual se prevê preferência de julgamento para determinadas ações e recursos, faz-se menção a vários diplomas internacionais que, basicamente, declaram direito a uma duração razoável do processo, dentre eles: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. VIII); a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.º); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, n.º 3); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º).

Na mesma Exposição de Motivos, de forma muito esclarecedora, registram:

A dúvida sobre a *razoabilidade* ou não do tempo de julgamento é resolvida pela orientação da jurisprudência. Quanto a este aspecto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recomenda três indicadores para orientar a decisão no caso concreto: 1.º) a natureza da ação; 2.º) a conduta das partes; 3.º) a atuação da autoridade ao examinar a matéria.

Esse conceito de razoabilidade foi firmado pela Corte Européia de Direitos Humanos (conhecida como "Convenção de Roma" e subscrita em 4 de novembro de 1950), em Estrasburgo, no recurso *Guillemin x França*, em 21.02.1997, com o seguinte enunciado: "O caráter razoável da duração de um processo se avalia segundo as circunstâncias da causa, que demanda a ocorrência de uma avaliação abrangente e tendo em vista os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular da complexidade da causa, o comportamento dos recorrentes e das autoridades competentes".<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.366.

<sup>122</sup> DOTTI, R. A.; STOCO R. Hipóteses legais de julgamento preferencial, p.4.

Em suma se pode afirmar que o tempo de prisão preventiva, seu prazo, deve ser verificado sempre com o indelével toque do *princípio da proporcionalidade*, tendo em conta a *razoável duração do processo* e, como "pano de fundo", o princípio da dignidade da pessoa humana (este, para Canotilho, caracterizado como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>123</sup>).

## 2.6 CESSAÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro, diferente do português, não disciplina quando se extingue a prisão preventiva ou outra medida cautelar. No Código de Processo Penal português, além dos prazos de duração máxima da prisão preventiva (art. 215.<sup>o</sup>), assim estabelece o artigo 214.<sup>o</sup><sup>124</sup>:

- 1 - As medidas de coacção extinguem-se de imediato:
  - a) Com o arquivamento do inquérito;
  - b) Com a prolação do despacho de não pronúncia;
  - c) Com a prolação do despacho que rejeitar a acusação, nos termos da alínea a) do n.<sup>o</sup> 2 do art. 311.<sup>o</sup>;
  - d) Com a sentença absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso; ou
  - e) Com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A extinção das medidas cautelares, pelo sistema português, é consectário de lei e tem previsão expressa. Diferente do Código de Processo Penal brasileiro que apenas determina que o juiz, na sentença absolutória, ordene a *cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas* (art. 386, parágrafo único, inc. II) ou mande, *se for o caso, pôr o réu em liberdade* (art. 386, parágrafo único, inc. I).<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> *Apud* CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva, p.248.

<sup>124</sup> RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal**..., p.445.

<sup>125</sup> Vale remissão, também, ao art. 492, inc. II, do Código de Processo Penal.

Além de o Código de Processo Penal brasileiro estar em desconformidade com a sistemática atual – quando consigna se *for o caso* (inc. I), na verdade é normal que isso aconteça, é o que se espera<sup>126</sup> – ele faz a cessação da medida cautelar, mesmo que seja prisão, depender de pronunciamento judicial.

Além disso o Código de Processo Penal brasileiro não prevê a extinção ou cessação da prisão ou de outras medidas cautelares nas demais hipóteses, como de arquivamento de inquérito policial, rejeição da denúncia (art. 395, Código de Processo Penal), absolvição sumária (art. 397, Código de Processo Penal) e de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E essas situações, por consequência, devem fazer cessar toda e qualquer medida cautelar, principalmente a prisão preventiva. Cumpre ao juiz, nessas condições, imediatamente colocar o réu em liberdade, se motivo outro não sustentar a manutenção da sua custódia.

---

<sup>126</sup> Exceção aos casos de absolvição imprópria, nos termos da Súmula 422 do Supremo Tribunal Federal.

### 3 PRISÃO PREVENTIVA DE ACORDO COM A LEI N.º 12.403/2011

#### 3.1 A MUDANÇA DE PARADIGMA

A par das alterações legislativas a que já se fez referência, a concepção sobre a prisão preventiva também veio sendo alterada com o passar dos anos.

Outrora bastante vinculada à gravidade do crime, à fiança, com pouca ou nenhuma função instrumental e muitas vezes bastante ligada ao mérito da imputação (materialidade e autoria) e à própria culpabilidade, a prisão preventiva veio sendo contrastada com o princípio da presunção de inocência, com isso ganhando novos contornos de índole constitucional.

A gravidade do crime passou a ter menor relevância (agora restabelecida pela Lei n.º 12.403/2011) para a decretação da medida que, hodiernamente se reconhece, tem essencial função cautelar e deve passar o quanto possível longe do mérito da imputação. A materialidade e a autoria, assim, devem ser analisadas sob a regência do princípio da não-culpabilidade, apenas naquilo que for suficiente (sem antecipar culpa, pré-julgar ou fazer profunda incursão nas provas) para legitimar a medida extrema que só deve ser aplicada em casos de necessidade concreta.

O cabimento (ou não) de fiança<sup>127</sup>, que já foi parâmetro (hipótese de admissibilidade), deixou de ser tomado em conta para a decretação da prisão preventiva – principalmente em função das alterações legislativas. Hoje, para efeito de decretação da prisão preventiva, não interessa mais ao juiz saber se o crime é afiançável ou não.

Também abandonou a doutrina e a jurisprudência, a conclusão de que a salvaguarda da integridade física do imputado é motivo para sua custódia cautelar.

---

<sup>127</sup> Que tem vinculação com a gravidade do crime, na medida em que normalmente são inafiançáveis os crimes mais graves.

O paradigma dessa espécie de prisão provisória sofreu relevantes mutações desde a edição do Código de Processo Penal de 1941 e teve grande alteração, agora, pela Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011.<sup>128</sup>

Conforme já ocorrera em Portugal quase quatro anos antes, de acordo com o regime introduzido pela Lei n.º 48, de 29 de agosto de 2007, a prisão preventiva passou a "constituir a *ultima ratio* ou *extrema ratio* das medidas de coacção, apenas se podendo aplicar quando se demonstre que todas e cada uma das restantes medidas cautelares se revelam inadequadas ou insuficientes a cumprir os fins a que se destina".<sup>129</sup>

O legislador ordinário daquele país – conforme esclarece Paula Marques de Carvalho – estruturou os seguintes princípios no âmbito dessa matéria: **legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade**<sup>130</sup>. Fica claro para o intérprete da Lei n.º 12.403/2011, numa visão sistemática, que o caminho trilhado pelo legislador brasileiro foi o mesmo.

Essa Lei começa por alterar o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, agora também tratando, ao lado da prisão e da liberdade provisória, *das medidas cautelares*.

Além de criar algumas medidas cautelares (que não são objeto deste trabalho), o legislador acabou por reconhecer, em lei, a natureza cautelar da prisão preventiva, topográfica e expressamente. Nesse sentido, o art. 319 estabelece quais são as *medidas cautelares diversas da prisão*.

Ninguém mais negue, portanto, que a prisão preventiva é uma das medidas cautelares pessoais que o Código prevê, ao lado de outras agora recentemente criadas.

Assim, a prisão preventiva fica definitivamente vinculada aos requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, tradutores da sua excepcionalidade enquanto medida cautelar.

---

<sup>128</sup> Essa mudança de paradigma operada pela Lei n.º 12.403/11 é destacada, em conclusão, por DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n. 223, p.15-16, jun. 2011.

<sup>129</sup> CARVALHO, P. M. **As medidas de coacção e de garantia patrimonial...**, p.135.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p.137.



### 3.2 AS NOVAS DIRETRIZES DA PRISÃO PREVENTIVA

Considerando essa natureza (cautelar), pode-se afirmar que a nova Lei trouxe mais requisitos (diretrizes) – comuns a todas as medidas cautelares – para a decretação da prisão preventiva.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O inciso I começa falando em *necessidade*, ao passo que o inciso II inicia trazendo a palavra *adequação*. O binômio *necessidade-adequação*, portanto, de lei, foi concebido como vetor de aplicação de todas as medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva.

É o princípio da proporcionalidade, de forma não muito técnica, sendo erigido pelo legislador como norte maior das medidas cautelares.<sup>131</sup>

"O princípio da proporcionalidade, cuja matriz doutrinária e jurisprudencial inspirou a redação do art. 282, I e II, obriga, pois, a uma relação de causalidade entre um meio e um fim dirigida ao aplicador da lei, sem que se possa buscar, portanto, uma aplicabilidade irrestrita ou sem método"<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Edilson Mougenot Bonfim critica essa falta de técnica (diferente do que ocorreu em relação ao art. 156, inc. I, CPP), dizendo que o legislador não adotou a melhor redação, "na medida em que se apropriou dos requisitos do 'princípio da proporcionalidade' (necessidade e idoneidade ou adequação) e nada mencionou, ao menos diretamente, à 'proporcionalidade em sentido estrito', cometendo, de outra parte, confusão técnica e conceitual, ao transformar o trinômio em binômio, englobando requisitos diversos e não correlatos". (BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**..., p.30-31).

<sup>132</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR-SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p.105 *apud* BONFIM, E. M. *Op. cit.*, p.30-31.

Por outro lado, na advertência de Jorge Reis Novais (professor da Faculdade de Direito de Lisboa),<sup>133</sup> o princípio da proporcionalidade, ao largo da fundamentação constitucional que se lhe atribua, é, inarredavelmente, um princípio a ser observado em qualquer restrição de direitos fundamentais (como a liberdade, por exemplo):

Significa isto que qualquer restrição de uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental tem de observar os três elementos que a doutrina tradicionalmente divisa no princípio. Logo, a restrição deverá ser apta à prossecução do fim visado (isto é, a medida restritiva em causa deve, no mínimo, permitir a realização parcial do fim visado); deve ser exigível (ou seja, de entre todas as possíveis medidas aptas a realizar, de forma igualmente eficaz, o fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva para o titular do direito); deve, por último, ser proporcional em sentido estrito (a importância do fim, obrigatoriamente legítimo, prosseguido pela restrição e a medida da sua realização através do meio escolhido devem estar numa relação razoável, proporcional, adequada à medida e importância dos efeitos danosos produzidos na esfera do titular do direito), o que, em última análise, remete para um processo de ponderação de bens entre os valores em questão.

A proporcionalidade é objeto de atenção do legislador no Projeto de Lei n.º 156/2009, do novo Código de Processo Penal, que veda, no art. 527, a "aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação".<sup>134</sup>

Não há possibilidade de decretação de prisão preventiva sem que essa medida seja *necessária* (como já concebia a doutrina e a jurisprudência) e, mais que isso (com relativa inovação), *adequada*.

A *necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal*, já está prevista, quase com as mesmas palavras, no *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal (que não foi alterado). São os requisitos de *asseguramento de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal*, anteriormente tratados.

---

<sup>133</sup> NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais**..., p.279. Fazendo referência à aprofundada elaboração doutrinária e jurisprudencial germânica ("Entre nós, por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito*..., cit. Págs. 386 ss. e 628; SÉRVULO CORREIA, *op. cit.* págs. 113 ss.; VITALINO CANAS, 'Princípio da Proporcionalidade' *in* *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, págs. 591-649").

<sup>134</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

A *necessidade para evitar a prática de infrações penais*, também constante do inc. I do art. 282 do Código de Processo Penal, como já explicado, vinha constituindo parâmetro de aferição da *garantia da ordem pública*. Ou seja: agora a lei erige expressamente a *necessidade de evitar a prática de infrações penais* como diretriz de medida cautelar, não apenas como um parâmetro (doutrinário e jurisprudencial) de avaliação da necessidade de garantia da ordem pública (art. 312).

Nesse ponto, vale a advertência de Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior:

Sobretudo pela descrença da bondade do poder punitivo, é importante impedir que o conceito de *reiteração criminosa* presente na expressão '*para evitar a prática de infrações penais*' se torne um exercício de 'futurologia perigosista' ou que a referência às condições pessoais do acusado seja utilizada para reforçar um *direito penal do autor* quando não servir à *seletividade*.<sup>135</sup>

O inciso II estabelece a adequação da medida à gravidade do crime (abstrata, conforme já explanado), circunstâncias do fato (gravidade concreta) e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Resgata-se, com a norma, a importância da gravidade do crime, tanto abstrata quanto concreta, na avaliação da prisão preventiva, mais especificamente sua adequação.

A razoabilidade marca, agora expressamente, a prisão preventiva. Afinal, em princípio não faz sentido decretar prisão preventiva para crimes de pouca gravidade, ao passo em que a mesma medida cautelar pode ser recomendada para os crimes de maior gravidade.

Nesse sentido, o § 1.º do art. 283 do Código de Processo Penal estabelece que as medidas cautelares (dentre elas a preventiva) não se aplicam à infração a que não cominada pena privativa de liberdade. Mais à frente, o art. 313, inc. I, ordinariamente, veda a prisão preventiva para os crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Por outro lado, a jurisprudência sempre reconheceu que circunstâncias pessoais favoráveis (emprego certo, residência fixa, primariedade, conduta social

---

<sup>135</sup> PRADO G.; MELCHIOR A. P. Breve análise crítica da lei n.º 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.10-11, jun. 2011.

etc.) não impediam a prisão preventiva quando ela fosse necessária, de acordo com os requisitos de lei.

Agora vem a Lei e estabelece que as medidas cautelares (dentre elas a prisão preventiva) devem ser adequadas às *condições pessoais do indiciado ou acusado*.

Em outras palavras: seja para não recomendar, seja para justificar, a prisão preventiva deve tomar em conta as condições pessoais do agente.

### 3.3 A SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Outra inovação consiste em reconhecer o caráter subsidiário ou residual da prisão preventiva. Segundo o professor René Ariel Dotti, reafirma-se a "orientação de política processual penal de que a prisão é a última opção após falharem as demais medidas cautelares".<sup>136</sup>

Isso é feito na Lei pelos parágrafos 4.º e 6.º do art. 282 do Código de Processo Penal, quando diz, o primeiro, que a prisão preventiva será decretada em *último caso* (quando do descumprimento de outras medidas cautelares) e quando fala, o último, textualmente, que *a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*.

A ideia também é reforçada pela parte final do inc. II do art. 310 e pelo teor do art. 343, ambos do Código de Processo Penal.

Significa dizer: a prisão preventiva só poderá ser decretada, em última circunstância, quando nenhuma outra medida cautelar (dentre as dez previstas) atender a finalidade legal que se busca com a sua decretação.

Diante disso, alguns autores vêm destacando a prisão preventiva como **última ratio**, somente sendo aplicável quando outras medidas não sejam indicadas.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> DOTTI, R. A. em palestra proferida na Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR. Curitiba, maio 2011 (conforme material).

<sup>137</sup> Dentre eles: FERNANDES, A. S. Medidas cautelares. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.224, p.6, jul. 2011.

Daí não se queira concluir, repetimos, que se deva, sempre, antecipar outra providência acautelatória diversa da prisão. Não. Sabemos que há casos em que, a *gravidade* do fato, as *circunstâncias* de sua execução, aliadas à *natureza* da ação, a revelar fundado receio de novas investidas, seja no âmbito da própria vítima e seus familiares, seja em relação a terceiros, autorizam a decretação da preventiva desde logo (art. 311).<sup>138</sup>

O que se nota, de tudo o que até aqui dito, é que a avaliação da prisão preventiva passou a ser, mais que nunca, contextual, abrangente, sob o indelével toque do princípio da proporcionalidade.

Se noutros tempos ela já foi obrigatória, a única medida cautelar pessoal, agora ela é absolutamente residual e sua avaliação é feita pelo juiz que deve considerar, a par dos princípios constitucionais, as diretrizes das medidas cautelares (art. 282, incisos I e II, Código de Processo Penal), as hipóteses de sua admissibilidade (art. 313), seus pressupostos e requisitos (art. 312) e, ainda, se nenhuma outra medida cautelar já não bastaria para a tutela que se pretende.

### 3.4 ADMISSIBILIDADE

#### 3.4.1 Hipóteses de admissibilidade

O Código de Processo Penal disciplina, antes e também agora com a Lei n.º 12.403/2011, as hipóteses em que se admite a prisão preventiva, sem dispensar, evidentemente, todos os demais requisitos, pressupostos e diretrizes.

Isso é feito principalmente no art. 313 que, no inciso I, estabelece que ordinariamente *será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos*.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal..., p.14-15.

<sup>139</sup> Antes da Lei n.º 12.403/11, o Código de Processo Penal admitia a prisão preventiva ordinariamente para os crimes *punidos com reclusão* (art. 313, I).

Note-se que agora não se faz mais distinção entre crimes punidos com reclusão ou detenção para efeito de prisão preventiva. O *caput* do art. 313 também não faz mais referência a *crimes dolosos*. Essa locução (*crimes dolosos*) passou para o inciso I do referido artigo – e isso, claro, tem repercussões na interpretação.

De resto, portanto, de acordo com o inc. I do art. 313, está afastada a possibilidade de decretação da prisão preventiva para crimes *culposos* e para crimes *dolosos* cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos.<sup>140</sup>

O dispositivo tem pertinência e razoabilidade, na medida em que infrações com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos normalmente não sujeitam os seus agentes, se condenados, ao cárcere. As penas privativas de liberdade, nesses casos, podem (na verdade devem, salvo impedimento legal) ser substituídas por penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal.

Outra benesse legal que implica em não-encarceramento após a condenação é a suspensão condicional da pena (para casos de pena não superior a dois anos) prevista no art. 77 do Código Penal.

Tudo isso sem falar da suspensão condicional do processo (para crimes com pena mínima não superior a um ano) e da transação (para crimes com pena máxima até dois anos) – institutos despenalizadores concebidos pela Lei n.º 9.099/1995 (artigos 76 e 89).

Ainda, lembre-se, as penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos deverão ser cumpridas em regime aberto, conforme art. 33, § 2.º, alínea "c", do Código Penal – isso se antes não for cabível nenhum benefício ou medida despenalizadores.

O que pensou o legislador, de acordo com princípio constitucional: não é razoável que o réu fique preso provisoriamente em crimes menos graves (pena máxima igual ou inferior a quatro anos) durante o trâmite do processo e, ao final, quando é condenado, no momento em que se reconhece a sua culpa mediante o devido processo legal, seja solto porque o crime ou a pena é passível de alguma benesse legal. Como explicar para o cidadão ou mesmo para o réu que ele *está*

---

<sup>140</sup> O Projeto de Lei n.º 156/2009, do novo Código de Processo Penal, fixa limite de pena menor, de 3 (três) anos de reclusão (art. 557) e faz ressalva aos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

*sendo solto porque foi condenado.* Isso fere a lógica do sistema, ainda mais um sistema que adota a presunção de inocência.<sup>141</sup>

O mesmo raciocínio se aplica aos crimes culposos que, independentemente da sanção aplicada, podem ter a pena privativa de liberdade afastada (art. 44, inc. I, Código de Processo Penal).

A dúvida que surge é a seguinte: no caso de descumprimento de outra medida cautelar (art. 282, § 4.º e parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal), se o crime é de pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, é possível a prisão preventiva?

De acordo com a pesquisa (*vide* último capítulo) realizada entre juízes do Paraná, 90% (noventa por cento) dos participantes entendem que é cabível a prisão preventiva nesses casos.

A resposta realmente deve ser afirmativa. No que também concorda Aury Lopes Junior, conquanto sustente uma interpretação sistemática e restritiva para essas hipóteses, recomendando que primeiro o juiz busque a ampliação do controle, pela via da cumulação com outra medida cautelar.<sup>142</sup>

O que a norma do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal fez (assim como o parágrafo único do art. 313) foi estabelecer uma nova hipótese de admissibilidade de decretação da prisão preventiva, tanto que a mesma hipótese é trazida em parágrafo (4.º) de artigo (282) do Código que trata genericamente das medidas cautelares.

A finalidade da norma foi estabelecer instrumento de coerção para o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão. É dizer para o acusado ou indiciado: está aqui a medida cautelar, que aparentemente é suficiente para a sua situação, mas em caso de descumprimento você estará sujeito à prisão preventiva, como outrora ocorria inarredavelmente.

---

<sup>141</sup> A despeito da crítica de Edilson Mougenot Bonfim: "Tal inovação legal não nos parece acertada no tocante à pena máxima prevista, haja vista que muitos crimes graves impossibilitarão que o réu seja preso preventivamente no curso do processo." (BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**..., p.87). A crítica parece ter pertinência ao se verificar que a o Projeto de Lei nº 156/2009, do novo Código de Processo Penal, trabalha com limite de três anos (art. 557, inc. II).

<sup>142</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**..., p.82.

Assim escreveu, recentemente, Antonio Scarance Fernandes:

Outra prisão preventiva é decorrente do descumprimento de outra medida cautelar. Esta hipótese suscita dúvida. Indaga-se se, para a sua decretação, será necessário observar a previsão do artigo 312 ou basta o simples descumprimento de outra medida cautelar. A nossa primeira impressão foi de que seria necessário observar as regras do artigo 312. Todavia, se ocorrente uma das hipóteses do artigo 312, a prisão preventiva já deveria estar decretada, não sendo imposta outra medida cautelar. Assim, se trata de prisão cuja finalidade é assegurar a efetividade das demais medidas cautelares.<sup>143</sup>

Se não se pensar assim (tendo o descumprimento de medidas cautelares como hipótese de admissibilidade da prisão preventiva) as obrigações impostas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, não terão qualquer efetividade porque destituídas de poder de coerção. Certamente, não é essa a melhor interpretação, à vista do disposto tanto no § 4.º do art. 282 quanto no parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal.

É o que entende, com uma ótica um pouco diferenciada, Eugênio Pacelli de Oliveira:

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva *fora das hipóteses* apontadas no citado art. 313, CPP, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime *doloso* seja igual ou inferior a quatro anos (o *teto* estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva *para garantir a execução das medidas cautelares*, portanto, não se submete aos limites do art. 313, CPP.<sup>144</sup>

Referido autor destaca três circunstâncias de prisão preventiva: a) de modo **autônomo**; b) como **conversão** da prisão em flagrante; c) de modo **subsidiário**, pelo descumprimento de cautelar anteriormente imposta. Nas duas primeiras hipóteses somente será cabível preventiva que atenda às condições dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

---

<sup>143</sup> FERNANDES, A. S. Medidas cautelares, p.4.

<sup>144</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal..., p.33.



Já na terceira (hipótese), não. Bastará o descumprimento da medida cautelar imposta e a reafirmação da necessidade da prisão, segundo os requisitos do art. 312, CPP, independentemente das circunstâncias e das hipóteses arroladas no art. 313, CPP. Do contrário, a imposição de medida cautelar somente seria cabível para as situações descritas no art. 313, CPP, o que não parece corresponder, nem ao texto legal e nem à estrutura normativa das novas cautelares pessoais.

Nesse último caso, a preventiva surge como medida de caráter *subsidiário*, vinculada ao descumprimento de providência menos onerosa, fato esse que, em tese, seria indicativo da presença dos requisitos do art. 312, CPP.<sup>145</sup>

E não se venha com alegação de interpretação restritiva (para o art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal) em função da limitação de direitos e garantias individuais. Não porque existe lei estipulando a prisão preventiva (criando outra hipótese de admissibilidade) especificamente para os casos de descumprimento *das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*.

É preciso entender que as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, além de serem alternativas (não se aplicam concomitantemente), não são tratadas exclusivamente no art. 313 do Código de Processo Penal.

As situações que justificam (ou mesmo impedem) a prisão preventiva são diversas, autônomas, e regulamentadas em momentos distintos do Código (e não só nele),<sup>146</sup> exigindo do intérprete uma compreensão sistemática.

Aliás, nada impede que norma venha e crie, a qualquer momento, outra hipótese de admissibilidade da prisão preventiva, como fez a Lei n.º 11.340/2006<sup>147</sup> (*Lei Maria da Penha*, artigos 20 e 42) quando alterou o Código de Processo Penal e consignou a possibilidade de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência – perceba-se, mesmo para os crimes menos graves.

---

<sup>145</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal..., p.19.

<sup>146</sup> Diversas leis tratam da prisão preventiva, como o Decreto-Lei n.º 201/1967, a Lei n.º 7.492/1986, a Lei n.º 11.340/2006 etc.

<sup>147</sup> "Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial."

O mesmo raciocínio deve ser aplicado no que se refere ao art. 366 do Código de Processo Penal, que trata da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional quando o réu é citado por edital, não comparece e não constitui advogado. Segundo o referido artigo, pode o juiz, nessas condições, decretar a prisão preventiva (quando presentes os pressupostos, requisitos e, agora, diretrizes dessa medida).

Tudo bem. Mas e se o crime tiver pena máxima igual ou menor que 4 (quatro) anos? Imagine-se a situação de alguém que é preso em flagrante por descaminho ou contrabando (art. 334, Código Penal), tem a fiança concedida e arbitrada pela autoridade policial (a lei, agora, assim permite no art. 332 do Código de Processo Penal) e acaba por mudar de residência sem prévia autorização (art. 328, Código de Processo Penal), implicando em quebramento da caução e também (o que interessa mais ao presente trabalho) inviabilizando sua citação pessoal, dando margem à aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, com prisão preventiva.

Nessas condições também seria viável – embora não seja "automática", exigindo fundamentação idônea – a decretação da prisão preventiva (*subsidiária*) porque, percebe-se, houve o descumprimento de obrigação imposta por força de outra medida cautelar – a fiança. A hipótese de admissibilidade é a mesma: prevista no parágrafo único do art. 312 e no § 4.º do art. 282 do Código de Processo Penal.

A fiança não só está prevista no rol de medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, como tem por finalidade *assegurar o comparecimento a atos do processo* (inc. VIII). Comparecimento que, evidentemente, fica frustrado com a mudança de residência do acusado.

Situação que pode ocorrer com muita frequência é aquela de réus que cometem crimes de menor gravidade (com pena não superior a quatro anos), são liberados mediante liberdade provisória e, posteriormente, voltam a ser flagrados por crimes dessa natureza (menos graves, com pena igual ou menor que quatro anos).

A prisão preventiva deve ser viável para essas situações, por quebramento da fiança (das suas condicionantes dos artigos 327 e 328 do CPP), verificando-se da insuficiência de outras medidas cautelares (natureza subsidiária). É a conclusão a que se chega pela leitura da parte final do art. 343 e da nova redação do parágrafo único do art. 350 do Código de Processo Penal.

Questão pontual, por outro lado, seria saber se devem ser tomadas em conta as causas de aumento e diminuição para avaliar se a pena máxima é superior, ou não, a 4 (quatro) anos.

As causas de aumento ou diminuição – por importarem no aumento ou diminuição de pena máxima e, com isso, na possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade – devem ser avaliadas.

Assim, um furto que é praticado *durante o repouso noturno* (art. 155, § 1.º, Código Penal), diante dessa causa especial de aumento, sujeita o agente à prisão preventiva, na exata medida em que a pena máxima possível (privativa de liberdade) passa a ser superior a 4 (quatro) anos.

A pergunta que se deve fazer é a seguinte: esse crime, por essa classificação jurídica (aparentemente correta para o caso), em tese, é passível de uma pena máxima superior a 4 (quatro) anos tomando em conta a causa de aumento ou diminuição? Para esse cálculo, como a situação ainda é hipotética, tomam-se em conta as frações máximas de aumento e mínimas de diminuição.

O julgador deve trabalhar no plano abstrato, de modo a não impedir fruição de direito ou, no caso, obstar a máxima tutela do processo.

A soma ou o aumento da pena decorrente do concurso de crimes ou da continuidade delitiva (artigos 69, 70 e 71 do Código Penal) também devem ser considerados. É opção de política criminal do legislador que, tomada no plano abstrato, gera reflexos imediatos no máximo de pena a que, em tese, está sujeito o agente.

Valem aqui os mesmos fundamentos que assentaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido da obrigatoriedade do somatório de penas mínimas no caso de delitos praticados em concurso material, formal ou em continuidade – para efeito de suspensão condicional do processo (Súmula 723 do STF e 243 do STJ).

O Voto vencedor do Ministro Nelson Jobim, no HC 83163 (Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2009), bem retrata o pensamento dominante. Para ele existem duas correntes: uma que defende a consideração isolada da pena mínima, em analogia à prescrição (art. 119, Código Penal e Súmula 497 do STF), e outra que sustenta a soma (ou o aumento) das penas mínimas dos delitos em concurso ou continuados.

A segunda corrente é a mais acertada e retrata posição atualmente majoritária da Corte. Esclarece o referido Ministro:

O sistema processual penal brasileiro trata o concurso material como um somatório de delitos e, por consequência, o seu cumprimento se dá por meio de um somatório de penas.

Não é outra a conclusão da leitura do art. 69 do CP.

Já no caso do concurso formal ou continuidade delitiva, a opção do legislador penal foi diferente: ao invés de somar os delitos como no concurso material, optou-se, em matéria de cumprimento, por considerar apenas a pena do delito mais grave agregada de um sexto.

Essa é a leitura dos arts. 70 e 71 do CP.

O quadro político-legislativo é claro, bem como a forma como o direito penal trata e entende as figuras de concurso de delito.

Em outras palavras, se há, por exemplo, concurso material de crimes, para o direito penal em termos de cumprimento ou de penas, apenas houve um crime com pena que equivale ao somatório dos demais crimes.

A incidência dessas figuras em outros aspectos do direito penal e a aplicação dos concursos de delitos a outros instrumentos penais<sup>148</sup> somente pode se pautar nessa opção político-legislativa sob o risco de alterarmos as escolhas do legislador.

Qualquer tentativa de alterar essa configuração original especialmente por meio de processos interpretativos ditos "teleológicos", equivale a tentativa de alterar esse quadro legislativo já posto.

[...] A interpretação com a consideração isolada das penas ignora a figura do concurso de crimes e tenta substituir a escolha originária do legislador.

Em outras palavras, não é possível, em matéria penal, a interpretação, processo subjetivo e valorativo por natureza, tenha o condão de alterar a clara opção política feita e explícita nos arts. 69, 70 e 71 do CP.

Não se pode, portanto, decompor a equação penal, alterando a opção político-legislativa com base no juízo de que a pena privativa de liberdade – possível conclusão do processo penal – é inadequada e ineficaz.<sup>149</sup>

A controvérsia diz respeito ao cotidiano da prática processual penal e a solução previamente encaminhada pelos tribunais superiores (de soma ou aumento de pena em casos de concurso ou continuidade) torna mais eficaz e abrangente a prisão preventiva – que tem caráter instrumental ou cautelar. A tutela cautelar, por esse raciocínio, tem um campo maior de aplicação e serve mais aos fins a que é destinada.

A solução é mais adequada às aspirações da prisão preventiva, enquanto medida cautelar. Não se pode impedir a prisão preventiva para crimes que, em

<sup>148</sup> Como seria o caso de hipótese de admissibilidade da prisão preventiva.

<sup>149</sup> HC 83163, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00153 RTJ VOL-00212- PP-00427 (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2011).

concurso, vão ter pena mínima bastante superior, quiçá sujeitando o infrator a pena privativa de liberdade e regime fechado.

Aliás, muitas vezes o concurso de crimes ou a continuidade são reveladores da necessidade da prisão, pela reiteração, em garantia da ordem pública (como já se falou). Mais que isso, as medidas cautelares podem ser aplicadas *para evitar a prática de infrações penais*,<sup>150</sup> como estabelece o inc. I do art. 282 do Código de Processo Penal.

Imagine-se a situação de alguém que é processado por furto (art. 155, Código Penal), receptação (art. 180, Código Penal), porte ilegal de arma (art. 14, Lei n.º 10.826/2003) e formação de quadrilha (art. 288, Código Penal), em concurso material. Consideradas isoladamente, as penas máximas dos crimes não dariam margem à prisão preventiva (art. 313, inc. I, Código de Processo Penal). Evidente, contudo, que numa situação dessas a prisão preventiva pode se revelar absolutamente necessária e, mais que isso, *proporcional* à possível futura pena privativa de liberdade.

Convém pontuar, de acordo com Germano Marques da Silva, que "a medida de pena aplicável 'serve em regra para estabelecer o parâmetro da gravidade do crime e limite objectivo de garantia para o arguido no que concerne à proporcionalidade da medida'".<sup>151</sup>

Aury Lopes Junior pensa que a jurisprudência se inclinará nesse sentido, com "uma solução similar àquela utilizada para definição da competência dos Juizados Especiais Criminais ou o cabimento da suspensão condicional do processo".<sup>152</sup> Diz mais:

Ainda que os limites de pena sejam completamente distintos, os tribunais superiores já definiram a lógica a ser utilizada em situações similares, ou seja, no caso de concurso material de crimes, somam-se as penas máximas, e no concurso formal ou crime continuado, incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição, no mínimo. Em qualquer caso, se a pena máxima obtida for superior a 4 anos, está cumprido este requisito.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> É uma das suas diretrizes.

<sup>151</sup> *Apud* CARVALHO, P. M. **As medidas de coacção e de garantia patrimonial...**, p.54.

<sup>152</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.81.

<sup>153</sup> *Ibid.* p.82.

Outra hipótese de admissibilidade é para os reincidentes. Estabelece o inciso II do art. 313 do CPP que a prisão preventiva é admitida para aqueles que tiverem sido condenados *por outro crime doloso*. Significa dizer: indiciado ou réu de crime doloso (qualquer que seja a pena privativa de liberdade) que já tenha sido condenado definitivamente por outro crime doloso, observado o prazo de cinco (5) anos do art. 64 do Código Penal.

Essa hipótese de admissibilidade da prisão preventiva para os reincidentes em crimes dolosos não é nova (não foi criada pela Lei n.º 12.403/2011), muito pelo contrário. Existia desde a redação primitiva do Código, só que no inciso III do mesmo artigo.<sup>154</sup>

Diante dessa hipótese, por exemplo, um réu ou indiciado por receptação (art. 180 do Código Penal, cuja pena máxima não ultrapassa quatro anos de reclusão) pode ter sua prisão preventiva decretada se já tiver sido condenado, com sentença transitada em julgado, por outro crime doloso (necessariamente), e entre a data do cumprimento ou da extinção da pena do crime anterior e a prática da infração posterior não tiver decorrido mais de 5 (anos). O crime anterior também não pode ter natureza militar ou política – tudo conforme o art. 64 do Código Penal.

A norma sempre teve a sua razoabilidade,<sup>155</sup> na medida em que impõe tratamento mais rigoroso para reincidentes, a esses autorizando, quando necessária, a prisão preventiva. Réus reincidentes têm sanção agravada (art. 61, inc. I, Código Penal); ordinariamente não têm a pena privativa de liberdade substituída (art. 44, inc. II, Código Penal);<sup>156</sup> não têm *sursis* (art. 77, inc. I, Código Penal) e normalmente cumprem pena em regime mais gravoso (art. 33, Código Penal).<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal: [...] III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

<sup>155</sup> Não é o que pensa Aury Lopes Junior, para quem o legislador seguiu na "linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*" (LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.83). Esquece o ilustre autor, entretanto, que não basta a reincidência – que é apenas uma das hipóteses de admissibilidade –, sendo necessário também, para a decretação, os pressupostos, requisitos e diretrizes da preventiva, a traduzir o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

<sup>156</sup> Exceção ao § 3.º do art. 44 do Código Penal.

<sup>157</sup> Veja-se a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

A reincidência, inclusive, como já afirmado, é um dos parâmetros de avaliação para a *garantia da ordem pública* (art. 312, Código de Processo Penal).

O inc. III do art. 313 do Código de Processo Penal reafirma a possibilidade de prisão preventiva para os crimes que envolvem *violência doméstica e familiar*, como forma de *garantir a execução das medidas protetivas de urgência*.

A hipótese foi inicialmente trazida (como dito anteriormente) pela *Lei Maria da Penha*. A inovação da Lei n.º 12.403/2011 consistiu em dizer que a violência doméstica e familiar, além da mulher, pode ser também contra *criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência*, desde que num contexto de coabitação.<sup>158</sup>

A propósito, a "referência a violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência alargou o âmbito da lei de violência doméstica?". Esse é um questionamento já levantado (e sem resposta pelo ilustre professor) por Antonio Scarance Fernandes.<sup>159</sup>

Nesses casos, portanto, mesmo que se trate de infração punida com pena baixa, inclusive detenção, desde que privativa de liberdade (art. 283, § 1.º, Código de Processo Penal), a prisão preventiva pode ocorrer para garantir a execução das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n.º 11.340/2006, artigo 22 e seguintes.

O juiz deve assentar a prisão nesse descumprimento e em uma das hipóteses do art. 312, enquadrando-se a situação possivelmente na necessidade de prisão para garantir a ordem pública a fim de evitar a reiteração criminosa ou para assegurar a aplicação da lei penal.<sup>160</sup>

Assim, alguém que, por exemplo, é acusado de cometer o crime de violência doméstica previsto no § 9.º do art. 129 do Código Penal – que tem pena de detenção máxima de 3 (três) anos – pode ter a sua prisão preventiva decretada se descumprir alguma das medidas protetivas previstas na *Lei Maria da Penha*.

---

<sup>158</sup> Como adverte Aury Lopes Junior (**O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.84).

<sup>159</sup> FERNANDES, A. S. Medidas cautelares, p.6.

<sup>160</sup> *ibid.*, p.7.

Mais uma vez é a lei se preocupando (e isso é louvável) em dar efetividade para as medidas cautelares que adota e a sanção, aqui, também é a prisão.

Note-se que, nos casos de infração de âmbito doméstico ou familiar pode haver *aparente* incongruência da norma. Eles não permitem a transação e a suspensão condicional do processo (art. 41 da Lei n.º 11.340/06) – mesmo para as contravenções<sup>161</sup> –, mas acabam viabilizando que o réu tenha a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos. Ou seja: o réu pode ser preso preventivamente durante o trâmite do processo (ou mesmo do inquérito) quando não cumprir medida protetiva e, ao final, quando for condenado (e se for), ser solto porque a pena não será privativa de liberdade.

Fala-se em *aparente* incongruência porquanto não se vislumbra outro modo de garantir efetividade para as medidas protetivas de urgência e é necessário distinguir a natureza processual dessas medidas, ou mesmo da prisão preventiva, da natureza material da pena a ser cumprida.

Finalmente, a hipótese de admissibilidade em referência apenas torna viável a prisão preventiva que, sempre, para ser decretada, deve observar o princípio da proporcionalidade (de acordo com as diretrizes do art. 282) e deve passar pela análise do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* (art. 312 do Código de Processo Penal). Essa verificação casuística traduz o melhor antídoto contra os possíveis excessos em relação a essa hipótese de admissibilidade.

Já se falou que a norma do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal configurou, com a redação da Lei n.º 12.403/2011, nova hipótese, autônoma, de decretação da prisão preventiva.

Pois bem, assim também ocorre com a norma do parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal:

Parágrafo único: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer os elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

---

<sup>161</sup> Nesse sentido: HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 (Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2011).



Independentemente da pena, é admissível – claro que de acordo com a estrita necessidade, conforme os requisitos e pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal – a prisão preventiva para os indiciados ou acusados que voluntariamente não esclarecem sua identidade ou não fornecem meios para esclarecê-la, ou mesmo quando existe dúvida razoável sobre a identidade civil.

Como pondera Aury Lopes Junior, essa norma deve ser interpretada "em conjunto com o disposto na Lei 12.037/09, que regulamentou a identificação criminal prevista no art. 5.º, LVIII da Constituição".<sup>162</sup>

Lembra o professor Antonio Scarance Fernandes que "medida semelhante já existia na lei da prisão temporária, prevista no artigo 1.º, inciso II. A nova prisão é preventiva e é aplicável a qualquer tipo de crime, enquanto a anterior é temporária e aplicável aos crimes arrolados na lei respectiva."<sup>163</sup>

A ideia é impedir que pessoas foragidas, condenadas, com mandado de prisão expedido, reincidentes etc., possam escapar da responsabilidade das suas vidas pregressas, negando identificação ou identificando-se fraudulentamente. Não é incomum que foragidos e reincidentes faltem com a verdade na sua identificação, claro, para evitar que fiquem presos e respondam pelos seus atos. Nesse sentido, veja-se a experiente opinião de um Delegado de Polícia:

Vemos com bons olhos essa modalidade prisional. No dia a dia de uma Delegacia de Polícia, por incrível que pareça, é corriqueira a apresentação de indivíduos não identificados. Tais indivíduos, na maioria das vezes já cometeram outros crimes e são foragidos da justiça. Por isso, esses criminosos se valem do anonimato para tentar ludibriar as autoridades e permanecer em liberdade. Diante desse quadro, a Autoridade de Polícia Judiciária não pode ficar à mercê desse expediente enganoso, correndo o risco de liberar um criminoso procurado pela prática de diversos crimes. Assim, sempre que não for possível a identificação civil de uma pessoa ou ela não fornecer elementos suficientes para o seu esclarecimento, mister a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação de lei penal ou por conveniência da instrução criminal.

Vale lembrar que, caso seja possível a identificação do conduzido por meio da identificação criminal (processo datiloscópico e fotografia) ou por diligências policiais, desnecessária a decretação dessa medida cautelar.

Outra questão que merece destaque nesse ponto, é a possibilidade de o conduzido não fornecer elementos para sua identificação civil alegando estar resguardado pelo direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*). Sem embargo das opiniões em sentido

---

<sup>162</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.86.

<sup>163</sup> FERNANDES, A. S. Medidas cautelares, p.7.

contrário, entendemos que esse direito não abarca o direito de falsear a verdade com relação a sua identificação, sendo que essa conduta, inclusive, caracteriza o delito previsto no artigo 307 do Código Penal (falsa identidade) ou a contravenção penal prevista no artigo 68, da Lei de Contravenções Penais (recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação), conforme o caso. Nesse ponto, salientamos que para que a prisão preventiva para *averiguação* seja decretada, é necessário que o sujeito passivo da medida esteja envolvido na prática de alguma infração penal.

Desse modo, a pessoa levada ao plantão de polícia judiciária por falta de identificação, mas sem envolvimento em qualquer ilícito, não poderá ser submetida a esta modalidade prisional, haja vista que a Lei 12.403/2011 exige a existência de Inquérito Policial ou ação penal, além da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>164</sup>

Ao largo da discussão se essa atitude configura crime ou não (falsa identidade: art. 307, Código Penal), o fato é que a lei se preocupou em não permitir a inadvertida soltura daqueles que, por outras razões, deveriam permanecer presos.

E o fez de modo comedido ao exigir decisão judicial fundamentada (prisão preventiva que, claro, pressupõe crime) e determinar a imediata soltura após a identificação. A redação da norma ficou melhor que aquela antes constante do inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal. Agora, todavia, não se fala mais em *detenção* (como já explicado, não há mais esse tipo de distinção na lei) e indiciado *vadio*.

### 3.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade

A avaliação das hipóteses em que não se admite a prisão preventiva exige uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal, por vezes a *contrario sensu*.

Assim, pela atual redação, ordinariamente não se permite a prisão preventiva para os crimes culposos (art. 313, inc. I, Código de Processo Penal); para os crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos e, evidentemente, para as infrações não sujeitas a pena privativa de liberdade (§ 1.º, art. 283, Código de Processo Penal); quando o juiz verificar alguma excludente de ilicitude (art. 314, Código de Processo Penal).

---

<sup>164</sup> SANNINI NETO, F. Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.32840>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Essa última hipótese de inadmissibilidade é redundante, porquanto na presença de excludente de ilicitude não há crime, de modo que já estaria afastado o pressuposto essencial para decretação da prisão preventiva – *prova da existência do crime* (art. 312, Código de Processo Penal). Não obstante, a hipótese de inadmissibilidade vem se repetindo desde a concepção do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Vale a referência, porque também impede a execução da prisão preventiva, ao art. 236 do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65), em plena vigência:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1.º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2.º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

Além dessas hipóteses de inadmissibilidade, vale a lembrança, "o processo penal brasileiro contempla diversas hipóteses de imunidades, parciais ou totais, à prisão anterior à condenação definitiva. Trata-se de privilégios estabelecidos *ratione muneris*, isto é, em razão da relevância da função pública desempenhada".<sup>165</sup> Tome-se como exemplo o Presidente da República (art. 86, § 3.º, Constituição Federal) que não está sujeito à prisão enquanto não sobrevier sentença condenatória.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.313.

<sup>166</sup> Essas restrições têm maior incidência em relação às prisões em flagrante, geralmente vedadas para crimes afiançáveis. Aliás, veja-se o disparate que a lei criou no sistema: hoje são inafiançáveis somente os crimes que a Constituição Federal estabelece, de acordo com o art. 323 do Código de Processo Penal. Assim, determinadas autoridades (a exemplo de membros do Congresso Nacional, deputados estaduais, magistrados, membros do Ministério Público) não poderão, de lei, ser presas em flagrante quando cometem crimes comuns, muitos deles graves, a exemplo de homicídio, roubo, peculato, concussão etc.

### 3.5 A INSUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE

Outra importante inovação operada pela Lei n.º 12.403/2011 foi tornar a prisão em flagrante absolutamente precária, com prazo exíguo de subsistência. "A prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto e sua análise judicial."<sup>167</sup> Não é mais possível a simples manutenção da prisão em flagrante pela autoridade judiciária."<sup>168</sup> Pierpaolo Cruz Bottini destaca os institutos do flagrante e da preventiva como *sucedâneos*. Com isso, a partir de agora, "o réu privado de liberdade no processo ou está preso em *flagrante* – situação efêmera – ou está em *prisão preventiva*."<sup>169</sup>

Se antes do advento da referida Lei podia-se dizer que a prisão em flagrante constituía uma forma autônoma de prisão provisória, suficiente, por si, para sustentar a custódia<sup>170</sup> por um prazo razoavelmente incerto<sup>171</sup> (avaliando-se sobre o cabimento ou não de liberdade provisória, art. 5.º, inc. LXVI, Constituição Federal) – isso não é mais verdade.

---

<sup>167</sup> BADARÓ, G. H. R. I. Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.10-11, jun. 2011.

<sup>168</sup> BANDEIRA, M. T. **O fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar**: lei n.º 12.403/11. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 25 jul. 2011.

<sup>169</sup> BOTTINI P. C. Mais reflexões sobre a lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.13, jun. 2011.

<sup>170</sup> "Interpretando-se sistematicamente os artigos 309 e 310, *caput* e seu parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, tem-se que o Juiz pode manter a prisão em flagrante, após ter sido comunicado. Em outras palavras, uma vez tendo sido cientificado da prisão em flagrante de alguém, o Juiz não precisa modificar o título da prisão para manter o imputado preso durante as investigações porventura faltantes e o processo a se iniciar." (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.396-397).

<sup>171</sup> O que contrariava a recomendação do CNJ: "Não deve o juiz apenas homologar a prisão em flagrante. É preciso, se for o caso, nada obstante a legalidade da prisão em flagrante, a decretação, por meio de decisão fundamentada, da prisão preventiva".(BRASIL. Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal...**, Parte 1, item 1.3, p.42.

Como aponta Marcellus Polastri Lima, de "certa forma a nova lei de 2011 que modifica o CPP neste ponto até subverte a disposição constitucional que dá à prisão em flagrante um verdadeiro *status* de medida cautelar autônoma."<sup>172</sup>

O ordenamento jurídico (art. 5.º, inc. LXI, da Constituição Federal e, agora, o art. 283 do Código de Processo Penal) continua estabelecendo que as pessoas somente poderão ser presas, ordinariamente, em duas situações: flagrante<sup>173</sup> ou ordem judicial escrita e fundamentada.

Ocorre que o flagrante, agora, não passa da esfera administrativa, não será mais, como outrora, apenas *homologado* judicialmente.<sup>174</sup> Veja o que estabelece o Código de Processo Penal com a nova roupagem da Lei n.º 12.403/2011:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Diante da imperativa redação do art. 310 (*deverá*), existem apenas três possibilidades de agir para o juiz que se depara com o auto de prisão em flagrante: relaxa a prisão (se ela for ilegal); concede liberdade provisória (se não houver necessidade da prisão) ou *converte* a prisão em flagrante em preventiva (observando seus pressupostos e requisitos, a necessidade da detenção diante da insuficiência das demais medidas cautelares e suas hipóteses de admissibilidade).

---

<sup>172</sup> LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.75.

<sup>173</sup> "Percebe-se, pela leitura do inciso LXI do art. 5.º da constituição, que a prisão em flagrante tem dignidade constitucional. Mais do que isso, tem tradição no ordenamento jurídico brasileiro e como tal deve ser encarada e estudada." (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.147).

<sup>174</sup> Possível homologação somente teria razão de ser no caso de a autoridade policial já ter arbitrado fiança (art. 322, CPP), para efeito de o juiz dar chancela judicial com relação à legalidade (formal e material) do flagrante e à regularidade da fiança – se não é o caso de cassação (art. 338, CPP), reforço (art. 340, CPP) ou mesmo da isenção prevista no art. 350 do Código de Processo Penal.

A prisão em flagrante, por esses imperativos, não pode perdurar durante toda a persecução penal; não configura mais um título judicial hábil de prisão provisória. É prisão de natureza administrativa, normalmente formalizada pelo Delegado de Polícia, com prazo certo de duração: até o conhecimento pelo juiz.

A prisão em flagrante não é, portanto, ato judiciário. É um ato estatal de caráter cautelar administrativamente realizado. Trata-se de uma providência (ato de coação extrajudicial) de autodefesa estatal de natureza cautelar", que serve para documentar a "certeza visual do crime, impedindo, se possível, a continuação do mal que o agente começara a praticar.<sup>175</sup>

Para alguns, tem natureza "pré-cautelar"<sup>176</sup>; é "subcautela"<sup>177</sup>. Aliás, a noção de prisão em flagrante como "algo menos que uma *medida cautelar*", como "uma *medida cautelar provisória*", enfim, como "*subcautela*", é comum entre os autores italianos, como adverte João Gualberto Garcez Ramos.<sup>178</sup>

Para outros é apenas forma de realização da prisão, alternativa à decisão fundamentada da autoridade judiciária.<sup>179</sup> Fernando Capez a define como uma "mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas"<sup>180</sup>.

É *prisão* porque restringe a liberdade humana; é *penal* porque foi realizada na área penal; é *cautelar* porque expressa uma precaução (uma cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses; e é *administrativa* porque foi lavrada fora da esfera processual, estando, portanto, pelo menos no momento de sua realização, alheia à relação processual, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> CASTELO BRANCO, T. **Da prisão em flagrante**, p.19 e 34.

<sup>176</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.36.

<sup>177</sup> BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal...**, p.77.

<sup>178</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.47.

<sup>179</sup> BANDEIRA, M. T. **O fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar...**

<sup>180</sup> CAPEZ, F. **Prisão preventiva na nova lei...**

<sup>181</sup> CASTELO BRANCO, T. *Op. cit.*, p.11.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mesmo antes da Lei n.º 12.403/2011, já reconhecia a natureza pré-cautelar do flagrante e a necessidade de sua imediata submissão ao juiz:

A prisão em flagrante é medida de urgência, passível de iniciativa da polícia ou mesmo de particular, admitida em situações de urgência, a título precário, para fazer cessar ação criminosa que está se verificando naquele momento. Ressai nítido, neste contexto que a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, destituída de conteúdo técnico-jurídico, exige imediata submissão ao Judiciário, para cognição, pelo juiz, acerca de sua legalidade.<sup>182</sup>

Se antes o juiz poderia manter a prisão em flagrante até a sentença (art. 387, parágrafo único, Código de Processo Penal), quando legal e não fosse o caso de liberdade provisória, agora, se for o caso de manter o réu preso, deverá, necessariamente, convertê-la em preventiva.<sup>183</sup> Ou solta, pela ilegalidade do flagrante ou mediante liberdade provisória, ou converte em preventiva – não existe outra possibilidade, as hipóteses são estabelecidas em *numerus clausus*.

Evidente que o juiz, para converter o flagrante em prisão preventiva deve observar todas as demais diretrizes legais. Deve verificar as hipóteses de admissibilidade, os pressupostos e requisitos, o caráter subsidiário da medida, enfim, sua estrita *necessidade*.

Assim, não seria possível, por exemplo, converter em preventiva um flagrante de furto simples, de receptação, de contrabando ou descaminho,<sup>184</sup> na medida em que a pena máxima cominada a esses crimes não ultrapassa 4 (quatro) anos (e não se enquadre o caso em outra hipótese de admissibilidade).

A propósito, é o que pensam 97% (noventa e sete por cento) dos juízes paranaenses que participaram da pesquisa (*vide* último capítulo) realizada neste trabalho.

---

<sup>182</sup> Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal – CNJ. Parte I, item 1.2.

<sup>183</sup> A exemplo do que ocorre na Itália, "a prisão em flagrante não se prolonga no tempo. Para que o imputado continue encarcerado, muda o *título* da prisão." (RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.48).

<sup>184</sup> A não ser que houvesse concurso de crimes, como já explanado.

Também não seria viável em caso de crime culposos.<sup>185</sup> A não ser que, na primeira situação, o agente fosse reincidente.

Questão que surge é sobre a necessidade ou conveniência de o Ministério Público ser ouvido antes da conversão.<sup>186</sup> Embora retrate o ponto mais polêmico da pesquisa realizada entre juizes do Paraná (*vide* último capítulo), a maioria deles, daqueles que participaram, cerca de 63,3% (sessenta e três, vírgula três por cento), entende que é *correto ou adequado dar vista do auto de prisão em flagrante para o Ministério Público antes de decidir conforme o art. 310 do Código de Processo Penal*.<sup>187</sup>

Note-se que a Lei n.º 12.403/2011, através na nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, acabou por restringir a possibilidade de o juiz agir de ofício no que se refere à decretação da prisão preventiva – agora somente pode fazê-lo *no curso da ação penal*.

O § 2.º do art. 282 também veda a decretação de medidas cautelares de ofício *no curso da investigação criminal*. Resumindo: tanto a prisão preventiva quanto outra medida cautelar não pode ser decretada de ofício pelo juiz quando em fase de *investigação*.

Busca-se, com isso, dar ênfase ao sistema acusatório, resguardar a isenção e a imparcialidade do juiz, de modo que não tome a iniciativa na aplicação de medidas cautelares em fase de inquérito, de investigação criminal. A iniciativa, nessas etapas, é de responsabilidade de quem conduz a investigação (Delegado) ou daquele que promove a ação penal pública (Ministério Público).

Trata-se de implementação da ideia de afastamento do juiz das atividades investigativas e, desta forma, impossibilitá-lo de decretar a prisão preventiva de ofício no inquérito policial é medida que busca implementar o sistema acusatório enquanto não vem o juiz das garantias.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> É o que pensa 86,6% dos juizes paranaenses para participaram da pesquisa realizada neste trabalho (*vide* último capítulo).

<sup>186</sup> Antonio Scarance Fernandes já firmou posição ao dizer: "Ainda, até mesmo para melhor atuação do contraditório, é interessante que se ouça, em prazo curto, o Ministério Público e a defesa antes de ser proferida a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva." (FERNANDES, A. S. Medidas cautelares, p.4).

<sup>187</sup> Talvez, como o tema é novo, isso represente um pouco a continuidade de uma rotina bastante utilizada antes do advento da Lei n.º 12.403/11.

<sup>188</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais..., p.15.



Para solução do impasse (relativo à vista ao Ministério Público), chama atenção a nova redação do art. 306 do Código de Processo Penal, agora exigindo a comunicação da prisão ao *Ministério Público*. Ou seja: quando houver prisão em flagrante de qualquer pessoa o Ministério Público necessariamente deverá ser comunicado, podendo intentar os requerimentos pertinentes (com a brevidade que o caso reclama), se for o caso a aplicação de alguma medida cautelar (dentre elas a prisão preventiva), o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória.

Nada mais acertado, pois cabe ao *parquet* o controle externo da atividade policial, sendo (*sic*), além de parte é fiscal da lei, e, assim, poderá intervir em benefício do próprio imputado quando a prisão for ilegal, pedir a substituição por cautelares não prisionais ou mesmo solicitar a conversão em prisão temporária quando diligências se fizerem necessárias para complementar inquéritos complexos.<sup>189</sup>

Embora esteja aberta a possibilidade de o Ministério Público requerer a medida pertinente, há se entender que a manifestação da Promotoria não vincula o juiz,<sup>190</sup> originária e verdadeiramente detentor do *poder geral de cautela*, basicamente consubstanciado no art. 798 do Código de Processo Civil.

O STF já reconheceu o poder geral de cautela para o juiz criminal:

HC N. 94.147-RJ  
RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE  
PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3.º, CPC.

1. A questão jurídica debatida neste *habeas corpus* consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva. 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5.º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3.º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como

---

<sup>189</sup> LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**, p.78.

<sup>190</sup> É o que pensa 70% dos trinta juizes paranaenses que participaram da pesquisa (vide último capítulo) quando disseram que o *juiz pode converter o flagrante em preventiva (art. 310, II, CPP) independentemente da manifestação do Ministério Público (art. 282, § 2.º, CPP)*.

também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2.º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada.<sup>191</sup>

Nesse sentido também é a recomendação do CNJ:

A nossa legislação, descompassada no tempo, embora contenha alternativas à própria pena de prisão, não contempla medidas alternativas à prisão preventiva: prisão ou nada.

Todavia, cabe ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, em vez de decretar a prisão preventiva, permitir que o acusado permaneça solto, porém, com o estabelecimento das condições pertinentes a fim de afastar o perigo que ele pode ocasionar ao desenvolvimento regular e normal do processo ou à sociedade.<sup>192</sup>

Rogério Pacheco Alves, assim escreve:

[...] seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal.<sup>193</sup>

É o juiz, enquanto órgão encarregado da tutela jurisdicional, que detém o monopólio do poder de avaliar sobre a pertinência ou não das medidas cautelares, que podem ou não ser requeridas pelas partes.

Diante dessa premissa, a melhor interpretação a ser dada é aquela que veda ao juiz a *iniciativa* de medida cautelar em fase pré-processual,<sup>194</sup> até mesmo em respeito ao princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat ex officio*), mas a ele

---

<sup>191</sup> Noticiado no Informativo STF n.º 508.

<sup>192</sup> CNJ, parte I, item 1.4.

<sup>193</sup> *Apud* LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**, p.21.

<sup>194</sup> Segundo Marcellus Polastri Lima: "No caso de decretação de ofício durante as investigações, inexistindo processo ou controvérsia, não poderia o juiz agir jurisdicionalmente ou administrativamente, pois tal atuar se equivaleria à verdadeira promoção de ação, o que é vedado pelo art. 129, I, do CPP." (*Ibid.*, p.120).

permite, quando instado administrativamente pela notícia de um crime (flagrante), a concessão de liberdade provisória cumulada com alguma medida cautelar. Nesse sentido é a opinião de Francisco Saninni Neto:

Salientamos que essa espécie de prisão preventiva **não** configura uma exceção à regra de que o Juiz não pode decretar essa cautelar de ofício durante a fase pré-processual.

Entendemos que nessa modalidade de prisão preventiva, o auto de prisão em flagrante funciona como uma espécie de *representação* da Autoridade Policial. Diferentemente do Ministério Público, por exemplo, que requer a prisão preventiva, o Delegado de Polícia "representa" pela decretação da medida. Esta *representação* objetiva, justamente, levar ao conhecimento do Juiz os fatos que fundamentam a adoção desta *extrema ratio*.

Sendo assim, pode-se afirmar que o auto de prisão em flagrante possui a mesma função, servindo para dar ciência ao Magistrado sobre os fatos criminosos ocorridos, que, eventualmente, exigem a decretação da prisão preventiva.

Por tudo isso, concluímos que, ao converter o flagrante em prisão preventiva, o Juiz não age de ofício, uma vez que esta sendo **provocado** a se manifestar por meio do auto de prisão em flagrante, que como uma medida pré-cautelar, expõe o preso e as circunstâncias de sua prisão, à análise do Poder Judiciário, para que este órgão decida sobre a necessidade da medida a ser adotada.<sup>195</sup>

Note-se, inclusive, que a lei é expressa ao admitir a possibilidade de liberdade provisória cumulada com fiança – que é uma medida cautelar liberatória, – independentemente de manifestação ou iniciativa do Ministério Público. Isso é feito no inc. III do art. 310 do Código de Processo Penal. A seu turno, o art. 321 do Código de Processo Penal determina que o juiz conceda liberdade provisória e, se for o caso, aplique as medidas cautelares.

Mesmo antes do advento da Lei n.º 12.403/2011, a fiança (que tem natureza cautelar) era recomendada ao juiz independentemente de vista ao Ministério Público, conforme dispunha (e nesse ponto não houve alteração) o parágrafo único do art. 322 do Código de Processo Penal. No ponto, a propósito, a lei estabelece um prazo bastante exíguo para o juiz decidir: 48 (quarenta e oito) horas. Tempo de regra incompatível com vista e manifestação do Ministério Público.

---

<sup>195</sup> SANNINI NETO, F. Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de tempos já recomenda urgência na análise da prisão em flagrante, com ou sem manifestação do Ministério Público:

Ao juiz, com a manifestação ministerial no prazo de vinte e quatro horas, ou decorrido o prazo sem esta, incumbe examinar a legalidade do flagrante e sua conformação com uma das hipóteses capituladas no art. 302, I a IV, do Código de Processo Penal, bem como se instruído com os documentos obrigatórios e observadas as garantias do flagranteado.<sup>196</sup>

O Projeto de Lei n.º 156/2009, do novo Código de Processo Penal, tem a seguinte redação:

Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro.  
Parágrafo único. Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.<sup>197</sup>

Esse entendimento (de desnecessidade de manifestação do Ministério Público para a decretação de prisão preventiva ou de outra medida cautelar quando do flagrante) vai ao encontro do que a lei procurou estabelecer: um procedimento absolutamente abreviado de comunicação, conhecimento e avaliação da prisão em flagrante, de modo que o preso possa ser imediatamente solto, se for o caso com a aplicação de medida cautelar, ou, na pior hipótese, permanecer em custódia, mas diante de *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente* (art. 5.º, inc. LXI, Constituição Federal).

Analisando contextualmente as inovações da Lei n.º 12.403/2011, fica claro que ela pretende que prisão provisória, no Brasil, só tenha sobrevida através de ordem judicial e não como mera consequência de medida administrativa (flagrante).

Ao se entender em sentido contrário (que o juiz não pode agir de ofício nos casos de flagrante), via transversa vai se transferir o poder de dar *ordem escrita* de

---

<sup>196</sup> BRASIL. Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal...**, Parte 1, item 1.2, p.41.

<sup>197</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 28 jul. 2011. Grifo nosso.

prisão para o órgão encarregado da acusação no processo penal (Ministério Público), que, claro, não é "judiciário" como estabelece a Constituição. Sim, porque dessa forma ou o Ministério Público representa pela prisão preventiva ou, necessariamente, o juiz terá de soltar aquele que se encontra preso em flagrante, sem a aplicação de qualquer medida cautelar. Em outras palavras: só terá ordem escrita de prisão – embora, claro, o juiz possa entender que é o caso de indeferimento – o agente em relação ao qual o Ministério Público se manifestar nesse sentido diante do auto de flagrante.

E mais. Pode o Ministério Público se postar contrariamente à prisão preventiva e requerer a liberdade provisória. Esse requerimento, evidentemente, não pode vincular o juiz, sob pena de violação da *livre convicção*.

Para solucionar o impasse, há se distinguir entre a iniciativa que o juiz não pode tomar para decretar a prisão preventiva (ou aplicar qualquer outra medida cautelar do Código) daquele que está em liberdade durante investigação, e, a situação de outro que foi preso (não pelo juiz que nesse caso não tomou iniciativa alguma) pela autoridade policial e agora deve ter sua prisão, se for o caso de necessidade, sustentada por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*.

Nessa última hipótese não há, propriamente, uma atuação de ofício; pelo menos não há "iniciativa" do juiz. Ele é chamado, através da comunicação formal do flagrante, para avaliar o caso como determina a Constituição Federal (art. 5.º, LXII, CF e art. 306, CPP), essencialmente para tutelar interesse que é do cidadão – garantia da liberdade.

Não há propriamente a "decretação" de uma prisão antes inexistente; o que ocorre é a "conversão" de prisão provisória já existente. Muda a natureza do "título prisional" (de flagrante para preventiva), mas não se inova na situação de fato do indiciado ou do acusado (que estava e continua preso).

As medidas cautelares aplicadas "de ofício" nesses casos tutelam o próprio interesse do cidadão: se forem diversas da prisão para efeito de soltá-lo, restringindo o quanto menos (e pelo menor tempo possível) a sua liberdade; se for a preventiva para efeito de ter a garantia de que sua prisão é legal e constitucionalmente estabelecida por quem de direito (juiz), de forma escrita e fundamentada para que fiquem claras as razões que a motivam. A ciência do motivo da prisão é direito expresso do preso (art. 306, § 2.º, Código de Processo Penal), sistematicamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do contexto aqui retratado, não há razão para que o juiz, antes de decidir, dê vista do auto de prisão em flagrante para o Ministério Público. Sua manifestação (embora bem-vinda, no tempo oportuno) não é imprescindível nem vinculante para a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar.

O tempo oportuno para que o Ministério Público se manifeste e, se for o caso, requeira a prisão preventiva ou outra medida cautelar, foi ditado pela Lei n.º 12.403/2011 quando alterou o art. 306 do Código de Processo Penal. Ou seja: assim que for comunicado do flagrante, imediatamente, para que sua intervenção não implique em prolongação da prisão em flagrante que, agora, deve subsistir por brevíssimo espaço de tempo.

A lei não deu margem para que o juiz postergue a avaliação do auto de prisão em flagrante, mesmo que seja com uma breve vista ao Ministério Público. Como já afirmado, são só três as hipóteses de atuação: relaxamento, liberdade provisória ou preventiva. Nesse diapasão, não permitiu a lei que o juiz determine, por exemplo, o retorno do auto de flagrante para a Delegacia para melhor instrução (ou coisa do gênero) para, somente depois, à vista de mais elementos de convicção, resolver se é o caso de preventiva.

Não é nenhum disparate porque no caso de o juiz conceder a liberdade diante do auto de prisão pode, mais tarde, durante o trâmite do inquérito ou do processo, e com mais elementos de convicção, decretar a prisão preventiva que, como se sabe, tem natureza provisória.

Se for o caso de instrução do auto de prisão em flagrante, essa instrução tem de ser imediata: pela autoridade policial naquele prazo que tem para o encaminhamento para o juiz – 24 (vinte e quatro) horas, segundo o § 1.º do art. 306 do Código de Processo Penal; pelo cartório judicial enquanto o auto de prisão em flagrante não foi analisado pelo magistrado competente.

### 3.6 CORRELAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM O FLAGRANTE

Percebe-se, pela nova Lei n.º 12.403/2011, que a preventiva, no caso de conversão, vai servir para transformar uma prisão administrativa (flagrante), que não deve ter subsistência, em prisão que seja decretada por escrito, de forma

fundamentada, por autoridade judiciária competente – conforme estabelece o inc. LXI do art. 5.º da Constituição Federal.

Assim, flagrante e preventiva estão umbilicalmente relacionados. Os pressupostos da prisão preventiva (*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*) deverão estar presentes no auto de prisão em flagrante, assim como o juiz deverá avaliar sobre a necessidade da prisão preventiva, sobre o seu caráter subsidiário e seus fundamentos, pelas peças que integrarem ou acompanharem esse auto. Eis um problema que se vislumbra com a nova Lei.

Dada a urgência, o auto de prisão em flagrante é medida *sumária* tanto sob o prisma *formal* quanto sob o prisma *material*. No primeiro aspecto, a *sumariedade* se manifesta pelo exíguo prazo de que dispõe a autoridade policial para a lavratura do auto, além do escasso número de medidas que se apresentam como necessárias à higidez daquela peça processual. No aspecto *material*, a *sumariedade* da lavratura do dito auto tem a mesma característica já descrita quando se tratou do inquérito policial: o Delegado de Polícia realiza as diligências que, num exame superficial, apresentam-se como suficientes. A lei processual penal não lhe determina que se detenha para descobrir *todas* as medidas investigatórias necessárias para um melhor resultado, já que ela "corre contra o tempo". A autoridade policial, em suma, quando lavra o auto de prisão em flagrante, trabalha com os fatos ao nível da *verossimilhança*, não devendo buscar a certeza processual.<sup>198</sup>

O sistema processual penal brasileiro, portanto, nunca exigiu muito do auto de prisão em flagrante no que se refere à instrução e diligências por parte da autoridade policial.<sup>199</sup> Instrução e diligências que, cada vez mais, se apresentam como inseparáveis de uma concreta fundamentação judicial. Não há como o juiz traduzir legalmente os pressupostos, requisitos e, agora também, as diretrizes e a subsidiariedade da prisão preventiva sem informações razoáveis sobre as circunstâncias do fato e sobre a pessoa do imputado.

Daí se percebe a importância de a polícia judiciária instruir adequadamente todos os autos de prisão em flagrante,<sup>200</sup> assim como a imprescindibilidade de um

---

<sup>198</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.271.

<sup>199</sup> A lei é pouco exigente inclusive com relação a testemunhas do fato (art. 304, § 2.º, Código de Processo Penal).

<sup>200</sup> Essa preocupação também foi levantada por Antonio Scarance Fernandes: "Questiona-se sobre a dificuldade do juiz em decidir somente com os dados do auto de prisão em flagrante. Será importante que a polícia aparelhe melhor o auto, fornecendo elementos ao juiz". (FERNANDES, A. S. *Medidas cautelares*, p.6).

sistema de controle de antecedentes criminais abrangente, claro e eficiente, sob pena de soltura de presos em casos onde a prisão preventiva seja necessária.

Há uma aparente preocupação com isso na Lei n.º 12.403/2011, quando, no art. 289-A do Código de Processo Penal, prevê a criação de *banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça*, para o registro de mandados de prisão.<sup>201</sup>

Diante da necessidade de fundamentação concreta, não tem como o juiz presumir circunstâncias que autorizem a prisão. É necessário, nesse sentido, uma atuação mais pró-ativa da autoridade policial e do Ministério Público. Aliás, não é por outro motivo que a Lei determinou a comunicação imediata das prisões em flagrante para o último (art. 306, Código de Processo Penal) e a possibilidade de ambos representarem pela preventiva (parte final do art. 311, Código de Processo Penal).

Não obstante esta umbilical relação entre o flagrante e a prisão preventiva, nada impede que o juiz relaxe o primeiro por alguma ilegalidade e, na sequência, determine a preventiva.<sup>202</sup> Vai depender, evidentemente, do motivo do relaxamento, de qual a ilegalidade existente. Se for alguma ilegalidade formal ou porque não se configuraram as situações de flagrância (art. 302, Código de Processo Penal), está livre o juiz para, se for o caso, decretar a preventiva. Por outro lado, se o flagrante foi ilegal porque não há crime que o justifique, por exemplo, a situação é diferente, na medida em que faltaria um dos pressupostos (prova da existência do crime) para a custódia do art. 312 do Código de Processo Penal.

A regra geral com relação ao tema é a seguinte: eventual nulidade da prisão em flagrante tem consequências restritas à manutenção do imputado preso. Não contamina o processo penal condenatório subsequente. [...] a jurisprudência freqüentemente reconhece a legitimidade da substituição da prisão em flagrante pela prisão preventiva.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> A Resolução n.º 137/CNJ, de 13 de julho de 2011, regulamenta o banco de dados de prisão. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia>>. Acesso em: 03 ago. 2011).

<sup>202</sup> Desde que, evidentemente, haja necessidade da medida diante das diretrizes, pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

<sup>203</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.415.



Questão que se coloca nessa correlação entre o flagrante e a preventiva é sobre a vedação de liberdade provisória para determinados crimes, a exemplo do tráfico de drogas, de acordo com o art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

Nessas situações, acaso se admita a proibição legal, restariam apenas duas possibilidades para o juiz: relaxamento ou conversão em prisão preventiva. Até aí tudo bem, o problema surge se não estiverem presentes os pressupostos e, principalmente, os requisitos da prisão preventiva (art. 312, Código de Processo Penal); afinal, nem todos os crimes de tráfico (esse é o exemplo tomado) estão a exigir, como necessária, a prisão preventiva.

É possível conceber uma prisão preventiva que seja, de lei, abstratamente determinada para certos tipos de infração? Em outras palavras, é viável prisão preventiva que não tome em conta o caso concreto?

A resposta só pode ser negativa, diante da atual conjuntura do processo penal brasileiro.

A decretação "automática" de uma prisão preventiva, por decorrência de lei (*ex vi legis*), viola a própria Constituição Federal, no caso o inc. LXI do art. 5.º. Referida norma, que traduz direito e garantia individual inderrogáveis, estabelece que a prisão de qualquer pessoa só pode ocorrer (à exceção de infrações militares) por flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Pois bem. Antes do advento da Lei n.º 12.403/2011 era possível, nessas situações de vedação legal – ao largo da discussão sobre a constitucionalidade – indeferir a liberdade provisória e manter hígido o flagrante (uma forma de prisão prevista na Constituição) até a sentença, já que este configurava uma forma autônoma, com chancela judicial, que sustentava a prisão provisória até a sentença.<sup>204</sup>

Agora, após a vigência da Lei n.º 12.403/2011, o flagrante não constitui título judicial hábil para sustentar custódia cautelar. Não ganha mais a chancela judicial, muito menos subsiste depois do conhecimento pelo juiz.

De outra parte, a Constituição, para a prisão preventiva, exige *ordem escrita e fundamentada*. O art. 93, inc. IX, também vai nesse sentido e o Código de Processo Penal é explícito no art. 315.

---

<sup>204</sup> Depois disso, antes da reforma processual de 2008, passava a ocorrer a prisão decorrente de sentença condenatória; após a referida reforma, é o caso de conversão em prisão preventiva – art. 387, parágrafo único, Código de Processo Penal.

Fundamentação, para ser válida, como dito, tem de ser real, concreta, não sendo suficiente para isso a mera remissão à lei. O juiz deve trazer razões de direito, mas principalmente de fato para cercear a liberdade de alguém. Por consectário, a prisão preventiva não pode ser *ex vi legis*, sob pena de violação de norma constitucional e infraconstitucional de primeira grandeza, que traduz o princípio da motivação das decisões judiciais.

Em outros termos: a prisão preventiva, enquanto *ordem escrita* para a prisão de alguém, deve ser *fundamentada* (art. 5.º, LVI, CF) e as razões, para observarem preceito constitucional (art. 93, IX, CF) e infraconstitucional (art. 315, CPP), necessariamente devem estar vinculadas à situação de fato e não apenas a uma negativa legal de liberdade provisória – que para muitos contraria o estado de inocência.

No detalhe, veja-se que a adequação da medida às *circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado* é, a partir da Lei n.º 12.403/2011, uma das diretrizes das cautelares pessoais (dentre elas a preventiva). Desse modo, preventiva que seja decreta por decorrência de lei, em abstrato, viola a norma sistêmica do art. 282, inc. II, do Código de Processo Penal, ao não tomar em conta essas circunstâncias e, por vezes, a própria *gravidade do crime*.

A partir da Lei n.º 12.403/2011, nas situações de vedação da liberdade provisória (a exemplo do art. 44 da Lei n.º 11.343/06), caberá ao juiz verificar da *necessidade* da prisão preventiva, através da presença de seus pressupostos, requisitos e diretrizes, e, não sendo o caso, conceder a liberdade reconhecendo a inconstitucionalidade da proibição legal, se for o caso aplicando alguma medida cautelar diversa da prisão.

### 3.7 PRISÃO DOMICILIAR

A Lei n.º 12.403/2011 trouxe a *prisão domiciliar* e o *recolhimento domiciliar* – institutos diferentes. O último, no inc. V do art. 319 do Código de Processo Penal, como medida cautelar diversa da prisão. A primeira, nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, como substitutiva da prisão preventiva.

A *prisão domiciliar* é para aquele sujeito submetido à prisão preventiva que, em determinadas e específicas circunstâncias (previstas no art. 318 do Código de

Processo Penal) poderá ficar confinado na sua residência, em período integral, só *podendo dela ausentar-se com autorização judicial*.

Esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira:

Todas essas situações demandarão prova cabal e idônea.  
Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do *alto risco da gestação, à necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente*, bem como a *doença grave*, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência.  
Evidentemente, nessas situações, o menor haverá que residir no local. Não se há de exigir parentesco de primeiro grau, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal.<sup>205</sup>

O *recolhimento domiciliar* é medida cautelar mais branda, para aquele que não está com prisão preventiva decretada, sujeitando o indivíduo a permanecer em casa durante o período noturno e nos dias de folga, *quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*.

Note-se que a *prisão domiciliar* tem caráter substitutivo (da prisão preventiva), diferente do *recolhimento domiciliar* que constitui medida cautelar autônoma que, claro, pode ser aplicada cumulativamente, conforme § 1.º do art. 282 do Código de Processo Penal.

A *prisão domiciliar*, portanto – diferente do que afirma Edilson Mougnot Bonfim<sup>206</sup> – não é uma modalidade autônoma de prisão no processo penal, ao lado da preventiva e da temporária. Está mais para uma prisão preventiva que, em condições excepcionalíssimas, pode ser cumprida em domicílio.

---

<sup>205</sup> OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal..., p.47.

<sup>206</sup> Afirma o autor em sua obra que, após a Lei n.º 12.403/11, subsistem três modalidades autônomas de prisão no processo penal: preventiva, temporária e domiciliar (BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**..., p.77-78).

### 3.8 CONTRADITÓRIO

Observadas as premissas do sistema acusatório e do *devido processo legal*, a Lei n.º 12.403/2011 estabeleceu o necessário contraditório<sup>207</sup> para as medidas cautelares. Isso está no art. 282, § 3.º, do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

§ 3.º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Questão que diz respeito a este trabalho é saber se esse contraditório prévio se aplica ou não nos casos de prisão preventiva – que também é uma medida cautelar.

Se o caso for de pedido de prisão preventiva, sem dúvida, o contraditório não pode ser prévio.

A prisão preventiva, como já explicado, é a mais incisiva dentre as medidas cautelares, tem caráter residual e só pode ser aplicada diante do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. A situação, para dar margem para a prisão preventiva, deve ser grave e é urgente por natureza, de modo que não comporta postergação e contraditório prévio.

Em se tratando de prisão preventiva, o fator tempo é de imensa relevância. Não é razoável aceitar-se uma medida de urgência requerida e decretada muito tempo após o fato. As duas realidades – prisão preventiva e decurso excessivo de tempo – contradizem uma a outra.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Jorge de Figueiredo Dias, acentuando a moderna tendência em conferir ao princípio do contraditório autonomia substancial perante o princípio da verdade material e perante o direito de defesa, destaca sua concepção como "*princípio ou direito de audiência*"; como, isto é (numa formulação intencionalmente enxuta), *oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo*". Seria este o conteúdo do princípio do contraditório, "tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e (com especial atenção ao papel da defesa, historicamente o que mais vezes foi esquecido e aviltado) *nemopotestinauditdamnari*" (DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Reimpressão. Portugal: Coimbra Editora, 2004. p.149 e 153).

<sup>208</sup> RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.361.

A urgência, a propósito, constitui um dos dois pilares de todas as medidas cautelares, no processo civil retratada pelo perigo da demora (*periculum in mora*).

Toda a prisão provisória, por essência, é urgente. Caso não seja, provavelmente não é o caso de prisão, não há necessidade dessa medida e o réu ou indiciado pode muito bem aguardar o desenrolar da persecução penal em liberdade.

Por outro lado, o *perigo de ineficácia da medida* também vai sempre estar presente nos casos de prisão preventiva, o que dispensa o contraditório prévio.

A prisão preventiva implica em cerceamento de um dos bens mais caros ao cidadão – a liberdade. É do instinto do ser humano a luta pela preservação dessa condição existencial, tanto que os tribunais têm afastado o crime de dano no caso de destruição de celas da prisão na tentativa de fuga.<sup>209</sup>

O normal, portanto, é que o indivíduo procure se furtar, sempre, da prisão. Assim, se souber do pedido de prisão preventiva (da possibilidade de ser preso), decerto se esquivará, fugirá, havendo *perigo* (a lei não exige certeza) de ineficácia dessa medida cautelar.

O contraditório, em relação aos pedidos e representações pela prisão cautelar, sempre foi posterior ou diferido no sistema processual brasileiro. E há de continuar assim, sob pena de completa ineficácia dessas medidas cuja estrita necessidade é o referencial maior.

Mesmo antes da Lei n.º 12.403/2011, assim afirmavam Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna sobre as medidas cautelares e o contraditório postergado:

Não raramente, para o êxito de tais medidas, o contraditório necessariamente deverá ser postergado, não havendo falar, nessas hipóteses, em qualquer inconstitucionalidade, já que no momento adequado será oportunizado referido direito. Com isso, não há de falar em violação ao princípio do contraditório, sendo proporcional postergar a ciência da parte contrária a respeito da medida decretada, pois do contrário sua efetividade estaria comprometida. Assim, apenas se protraí a exigência da ciência e participação da parte contrária para outro momento, o que não significa completa eliminação de tal direito.

---

<sup>209</sup> Nesse sentido: HC 20.518/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2002, DJ 17/02/2003, p.373.

Basta lembrar, por exemplo, algumas medidas cautelares para se notar o acerto desse entendimento. Por exemplo, nas hipóteses de interceptação telefônica, por questões óbvias, seria totalmente infrutífera a medida caso se desse ciência prévia à parte contrária a respeito de sua decretação. Realmente, seria uma providência ridícula, que certamente provocaria um "sonoro" silêncio nas conversações telefônicas. Imagine-se, então, nos casos de prisão provisória, se o juiz, para decretar a medida, desse ciência prévia à parte contrária.<sup>210</sup>

Edilson Mougenot Bonfim enfrenta a questão:

Questiona-se: para decretar-se a prisão preventiva, a medida terá como regra, igualmente, um contraditório, ouvindo-se a parte contrária antes de sua decretação? Restará também "excepcional" sua imposição sem prévia comunicação e oitiva do indiciado/acusado, vale dizer, *inaudita altera partes*? Entendemos que, pena de máximo *non cesso* – oposto de *processo*, compreendido como uma concatenação de atos finalisticamente orientados –, ou seja, contrassenso e falta de racionalidade, estando presentes os requisitos *ictu oculi* necessários à decretação da custódia cautelar, não somente prescinde como não se deve mesmo ouvir o indiciado/suspeito, sob pena de violação de necessário e estratégico sigilo e perdimento/ineficácia da medida. Constituiria, pois, se assim agisse o Estado, uma clara violação *in concreto* do "princípio da proibição de infraproteção", (*vide* nosso *Curso de processo penal*, ob. cit.) já que, postulando-se deter preventivamente um indiciado/suspeito, por receio de fuga, por exemplo, ao se comunicar, exatamente, o que se pretende fazer, facilita-lhe justamente o que visa a coibir. Tal enormidade, certamente, configuraria censurável *paradoxo da efetividade*. Ou seja, a pretexto de respeitarem-se na máxima potência garantias e direitos fundamentais, anula-se em igual potência a possibilidade de segurança e justiça, presentes no conceito de "efetividade do processo", por um proceder *naïf* e atabalhado.<sup>211</sup>

A prisão preventiva está "inserida em *procedimento sumário*, no qual o exercício do direito de defesa é arrefecido em favor da urgência que motiva a medida". É a conclusão de João Gualberto Garcez Ramos, citando Romeu Pires de Campos Barros:

A jurisdição cautelar, em se tratando de prisão preventiva, pode funcionar sem a propositura da ação respectiva [...]. No entanto, quase sempre, atuam os que estão legitimados [...]. Através de qualquer dessas formas é instrumentada a ação cautelar, e por força dela o Juiz decide *inaudita altera parte*. Nem se poderia regulamentar essa ação por outra forma, visto que a *urgência* e a difícil concretização da medida, somente admitida em crimes

---

<sup>210</sup> BEDÊ JÚNIOR, A.; SENNA G. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.172.

<sup>211</sup> BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal...**, p.40-41.

de maior gravidade e contra pessoas de reconhecida periculosidade, tornam impossível a sua imposição mediante prévia audiência do indiciado. Tal providência tornaria ilusória a prisão do réu, notadamente quando ela visa evitar que ele fuja, dificultando a realização do processo. Mas, nem por isso ocorre a impossibilidade de ser amplamente discutido, julgado e criticado no que se decidiu através da jurisdição cautelar. Esta funciona *a priori*, depois de concedida a prestação jurisdicional, vários meios existem para discutir a sua legitimidade.<sup>212</sup>

Finalmente, no caso de descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (§ 4.º do art. 282 e parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal), o contraditório exige que, antes de eventual conversão em preventiva, ouça-se (se isso for possível) o indiciado ou acusado, eventualmente para que justifique e demonstre razões para a desídia.

O Código de Processo Penal português, mais consentâneo com o democrático contraditório, preocupou-se em saber os motivos do descumprimento das medidas de "coacção" pelo réu ou indiciado. Veja-se o estabelecido no artigo 203.º:

1 - Em caso de violação das obrigações impostas por aplicação de uma medida de coacção, o juiz, tendo em conta a gravidade do crime imputado e **os motivos da violação**, pode impor outra ou outras medidas de coacção previstas neste Código e admissíveis no caso (grifo nosso).

Até porque, conforme a justificativa do imputado, a preventiva pode não ser necessária, sendo suficiente a cumulação ou a substituição da medida cautelar por outra que não seja a prisão, nos exatos termos do § 4.º do art. 282 do Código de Processo Penal brasileiro.

### 3.9 LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Nos últimos anos se percebe uma maior preocupação do legislador com a vítima no processo penal.

---

<sup>212</sup> BARROS, R. P. de C. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.205-206. *Apud* RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.131.

A *Lei Maria da Penha*, com várias medidas de proteção pensadas em favor da vítima e reconhecendo sua delicada posição no ambiente doméstico e familiar, é prova disso.

A reforma operada no Código de Processo Penal, em 2008, também. Naquela oportunidade o legislador estabeleceu a possibilidade de uma reparação mínima, fixada pelo próprio juiz criminal, em relação aos danos causados com a infração (art. 387, inc. IV, Código de Processo Penal). Exigiu-se, ainda, que o ofendido fosse comunicado (como já ocorria com a violência doméstica) dos principais atos do processo, a exemplo da decretação de prisão, audiências, sentenças e acórdãos, conforme estabelece o § 2.º do art. 201 do Código de Processo Penal. Previu-se atendimento multidisciplinar e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das vítimas (§ 6.º, art. 201, CPP), dentre outras medidas.

Nessa perspectiva, agora a Lei n.º 12.403/2011 estabeleceu, pela nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, a possibilidade de o assistente de acusação requerer (passa a ter legitimidade para isso), no curso da ação penal, a prisão preventiva do réu.

[...] agora o assistente passa a poder requerer a medida, mas, frise-se, **somente na fase processual**, pois na fase inquisitorial não pode ser deferida a assistência ao Ministério Público, pois este só pode intervir na ação penal e, ainda, pensamos que quando o assistente requerer a medida, este requerimento deve ser submetido ao crivo do Ministério Público, pois este é que é a parte na ação, sendo a vítima somente seu "assistente".<sup>213</sup>

Rômulo de Andrade Moreira traz as seguintes ponderações sobre o tema (com as quais não se concorda integralmente):

Em relação à possibilidade do assistente da acusação requerer a decretação da prisão preventiva, entendemos como uma possibilidade limitada, apenas quando for por conveniência da instrução criminal ou quando for cabível como substituição de medida cautelar anteriormente decretada, especialmente aquelas indicadas no art. 319, IV e VIII. Este entendimento baseia-se no fato de que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil, como explica Tourinho Filho embasado nas lições de Florêncio de Abreu e Canuto Mendes de Almeida. Para nós, acertada é esta posição, pois só entendemos legítima a atuação do ofendido como assistente quando configurado estiver

---

<sup>213</sup> LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**, p.122.



o seu interesse em uma posterior indenização pelo dano sofrido. Logo, sempre que da infração penal advier prejuízo de qualquer ordem para o ofendido, este estaria legitimado a se habilitar como assistente para pleitear depois a ação civil *ex delicto*, executando a sentença penal condenatória. Logo, não há interesse por parte do assistente em requerer a prisão preventiva invocando outros requisitos que não tenham relação com a sua intervenção no processo penal (para a aplicação da lei penal, por exemplo, ou garantia da ordem pública...).

Observa-se que de há muito a intervenção do ofendido no processo penal vem sendo questionada, muitos a contestando sob o argumento de que caberia ao Estado exclusivamente exercer as funções persecutórias em matéria penal, pois se admitir a intervenção do particular seria aceitar que *su papel em el proceso parece estar teñido de una especie de sentimiento de venganza*.

Analisando o Direito português, por exemplo, o mestre lusitano Germano Marques da Silva esclarece que a intervenção dos particulares no processo penal é por muitos contestada por poder constituir um factor de perturbação, pois não é de esperar deles a objectividade e a imparcialidade que devem dominar o processo penal, mas é também por muitos outros considerada como uma excelente e democrática instituição e assim o entendemos também.<sup>214</sup>

O Superior Tribunal de Justiça não compactua com a ideia de que somente interesses civis legitimariam a intervenção do assistente, "já que a sua atuação justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas eventual reparação cível".<sup>215</sup>

Guilherme de Souza Nucci assim pontua sobre a questão:

Quanto à permissão dada ao assistente de acusação, cremos mais que oportuna. Não é mais momento para considerar a vítima como mera espectadora do processo, buscando, unicamente, a condenação do réu para fins de indenização civil. Essa ideia é ultrapassada, pois até mesmo durante o processo-crime pode o ofendido litigar, pleiteando a reparação civil. Diante disso, o seu interesse para acompanhar o feito criminal diz respeito à realização de justiça, sob sua ótica. Pode procurar a condenação do acusado pelo simples fato de considerar ideal essa medida punitiva. Defendemos, nesse prisma, a possibilidade de haver recurso do assistente, não somente quando houver absolvição, mas também quando a pena aplicada não for condizente com a expectativa nutrida pela vítima.

Logo, figurando como pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que poder indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva. Ninguém melhor que a vítima para saber se o réu, em liberdade, pode causar-lhe transtornos. Não se quer dizer que a palavra do ofendido é absoluta, devendo sempre ser levada em conta pelo magistrado; porém, cercear a sua atividade, na busca da restrição à liberdade não era correto.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> MOREIRA R. A. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares...

<sup>215</sup> HC 137339/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 01/02/2011 (Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2011).

<sup>216</sup> NUCCI, G. de S. **As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, p.62.

De qualquer forma, ampliaram-se as possibilidades previstas no art. 271 do Código de Processo Penal, de modo que a vítima, ou seu representante legal, através de advogado habilitado como assistente, pode requerer e trazer aos autos informações e elementos por vezes desconhecidos da autoridade policial, do Ministério Público e do juiz, para demonstrar que a prisão preventiva é necessária. "Fomenta-se o exercício da cidadania, pelos meios legais e corretos, não se tolerando a realização de *justiça pelas próprias mãos*".<sup>217</sup>

### 3.10 FISCALIZAÇÃO

Já se viu que a prisão preventiva pode ser estabelecida (é uma das hipóteses de admissibilidade) quando há descumprimento de outra medida cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal.

A questão que se coloca, de ordem prática, é saber como será e quem efetuará a fiscalização da execução das medidas cautelares diversas da prisão, informando ao juiz no caso de descumprimento e necessidade de prisão preventiva.

A lei não trouxe respostas e não definiu responsabilidades nesse ponto.

O que se pode adiantar, a essas alturas, é da escassez de recursos, principalmente humanos, para essa finalidade, seja no Poder Judiciário, seja na Polícia Judiciária.

Para o Procurador Regional da República Wellington Cabral Saraiva a lei falha ao não dar condições de fiscalização das medidas alternativas. "A estrutura de fiscalização é inexistente. A proibição de frequência a determinados lugares, por exemplo, pode ser inócua", alerta. "O Estado brasileiro não tem condições de fiscalizar o cumprimento de algumas dessas medidas", completa.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> NUCCI, G. de S. **As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, p.62.

<sup>218</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização.

A falta de fiscalização também é o maior risco da lei na opinião do ministro Dipp: "Duvido muito que no Brasil, com as carências que temos de magistrados, do Ministério Público (MP), de servidores do Judiciário, de polícia – que já não cumpre nem seu papel primordial e ainda vai ter que fiscalizar uma série de outras medidas –, a lei será bem cumprida." Segundo ele, "não adianta ter medidas boas, modernas, protetivas dos direitos fundamentais, se não houver uma efetiva fiscalização da aplicação dessas medidas". "Essas medidas precisam de um mínimo de fiscalização", completa. "Quem é que vai fiscalizar adequadamente, nessa imensidão do Brasil, se alguém que teve como medida cautelar a imposição de se recolher em período noturno, ou se aproximar de uma determinada pessoa, está cumprindo a medida?", questiona o ministro.

[...]

Curiosamente, Nucci, que é um conhecido crítico da função inócua de algumas medidas alternativas como forma de condenação, após o processo, não vê a mesma inutilidade em seu uso cautelar. "Como pena definitiva, acho, de fato, uma inócua sanção a proibição de frequentar lugares. Porém, como singela medida cautelar, pode ser útil, afinal, o réu fará tudo para cumpri-la, evitando ser preso", afirma o doutrinador. "Lembremos que o temor do cárcere é muito maior no espírito do acusado do que no condenado. Um tem a esperança de ser absolvido; o outro já está condenado", sustenta.

"Quanto às novas medidas, somente o tempo dirá se elas serão eficientes. O ponto relevante é o Executivo proporcionar os meios cabíveis para executar as medidas alternativas, como o monitoramento eletrônico. Sem recursos financeiros, nada será eficaz", acredita o magistrado paulista.<sup>219</sup>

De qualquer modo a prisão preventiva ou as demais medidas cautelares, no perfil da Lei n.º 12.403/2011, estão a exigir uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Tanto para fiscalizar o cumprimento ou o descumprimento dessas medidas, quanto no sentido de instruir adequadamente o auto de prisão em flagrante ou as representações para permitir uma avaliação mais correta sobre a prisão preventiva. Se isso não for feito a efetividade e a eficácia de todas as medidas cautelares (não só a prisão preventiva) estarão em xeque.

### 3.11 A PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA

A Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, extinguiu duas espécies de prisões provisórias: a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente

---

<sup>219</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização.

de pronúncia. A primeira era prevista, essencialmente, no revogado art. 594, enquanto a segunda tinha previsão no § 2.º do art. 408, ambos do Código de Processo Penal.<sup>220</sup>

Para não impedir o juiz de manter ou decretar a prisão cautelar quando da prolação de sentença condenatória e quando da pronúncia, assim estabeleceu a nova redação do Código de Processo Penal:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

[...]

§ 3.º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Ou seja: a partir da Lei n.º 11.719/2008 deixou de existir a figura da prisão decorrente de sentença condenatória<sup>221</sup> e a prisão decorrente de pronúncia; desde então, se for o caso, o juiz deve impor prisão preventiva.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> **Art. 594.** O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Redação dada ao artigo pela Lei n.º 5.941, de 22.11.1973, DOU 23.11.1973).

**Art. 408.** Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo, dando os motivos do seu convencimento.

**§ 1.º** Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. (Redação dada ao parágrafo 1.º pela Lei n.º 9.033, de 02.05.1995, DOU 03.05.1995).

**§ 2.º** Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso. (Redação dada ao parágrafo pela Lei n.º 5.941, de 22.11.1973, DOU 23.11.1973).

<sup>221</sup> Como já previra, muito antes, Inocêncio Borges da Rosa: "a prisão, em virtude de sentença condenatória, é preventiva, enquanto a sentença não tiver passado em julgado; esgotados os recursos ordinários, converte-se em definitiva" (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3.ed., atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.426 *apud* RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.55).

<sup>222</sup> Nesse sentido: HC-STF 99914/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 23.3.2010.

Com o advento da reforma processual penal (Leis 11.689, de 09.06.08, e 11.719/2008) e agora com a Lei 12.403/2011 temos uma nova sistemática em relação a prisão processual, pois alterou-se "prisão por pronúncia" dando-se, ainda, a revogação expressa do artigo 594 do CPP de 1941 que estabelecia modalidade própria de prisão por sentença condenatória recorrível. Agora, o que temos, na verdade, é somente a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando da prolação da pronúncia (modificação imposta pela Lei 11.689/2008) ou da sentença condenatória recorrível, na forma do parágrafo único do artigo 387 do CPP (inserido pela Lei 11.719/2008).<sup>223</sup>

Esse panorama não foi alterado pela Lei n.º 12.403/2011, a não ser na questão das demais diretrizes a serem observadas para a decretação da preventiva (de que já se falou).

Aury Lopes Junior, no ponto, lembra:

O dispositivo legal faz alusão à "outra medida cautelar", remetendo agora para o art. 319 do CPP e suas medidas cautelares diversas. Significa que no momento da sentença penal condenatória, o juiz pode substituir uma medida cautelar diversa por outra mais adequada, cumulá-las e até mesmo, se a necessidade exigir, decretar a prisão preventiva. Por outro lado, ainda que a sentença seja condenatória, nada impede que o juiz substitua a prisão preventiva aplicada por uma medida cautelar diversa, mais adequada, principalmente quando houver uma acusação excessiva (por vários delitos) e que ao final não seja acolhida na íntegra (provimento parcial, com a condenação a apenas um crime, por exemplo), tendo o réu sido condenado a um delito de menor gravidade em que não mais se justifica a manutenção da prisão (até pela desproporcionalidade).<sup>224</sup>

Aliás, a última Lei alterou a redação do art. 311 do Código de Processo Penal, parte inicial, deixando expresso (para quem ainda não aceitava isso) que a prisão preventiva cabe no *processo penal*, enquanto perdurar, e não somente em fase de *instrução criminal*.

A pergunta que surge, nos casos de sentença condenatória, é se a pena a ser considerada para eventual imposição de preventiva, observada a hipótese de admissibilidade do art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal, é a pena prevista abstratamente para o delito ou a pena aplicada para o caso concreto.

---

<sup>223</sup> LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**, p.124.

<sup>224</sup> LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas...**, p.107.

Sem dúvida que a referida hipótese de admissibilidade (do art. 313, inc. I, Código de Processo Penal) trabalha com a premissa de pena cominada, abstrata, prevista para o tipo penal. Tanto que se fala em pena *máxima*.

A propósito, a maioria esmagadora (97%) dos juízes paranaenses que participaram da pesquisa (*vide* último capítulo) parece concluir nesse sentido, quando respondeu afirmativamente à seguinte questão: *Se o juiz, na sentença (art. 387, parágrafo único, CPP), condena por tráfico a uma pena de 4 anos ou menos, você entende cabível a manutenção ou a decretação da preventiva (tendo em conta que a situação não se enquadra em nenhuma das outras hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal e o regime inicial foi fechado – art. 2.º, § 1.º, Lei 8.072/90)?*

Aliás, todas as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, enquanto medida cautelar (que independem do reconhecimento de culpa), operam em abstrato, de acordo com premissas fixadas em lei.

Por consectário, nada impede que o juiz decrete ou mantenha a prisão preventiva de alguém que, na sentença, tem uma pena fixada menor que 4 (quatro) anos de reclusão.

É evidente que a hipótese é de difícil casuística, porquanto uma pena menor que 4 (quatro) anos é passível, em princípio, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – o que revela inadequação da prisão cautelar. De qualquer modo, o inc. I do art. 313 do Código de Processo Penal não é, em tese, impeditivo.

De outro lado, importante ressaltar que a sentença condenatória, por si, já traduz (ou deve traduzir) os pressupostos da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*) – afinal, ninguém pode ser condenado sem certeza da existência do crime e prova da autoria –, de modo que a fundamentação do juiz para a imposição, de lei exigida, deve se estabelecer essencialmente nas diretrizes (art. 282, Código de Processo Penal) e requisitos dessa medida cautelar (art. 312, Código de Processo Penal).

Deve o juiz deixar claro, na fundamentação, as razões pelas quais aquele específico condenado, naquele particular caso, não pode recorrer em liberdade, direito cada vez mais reconhecido pela doutrina e jurisprudência, que não admitem a execução provisória da sentença.

Assim o fez o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078, ao entender, por maioria, inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade,

assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade.

A prisão preventiva na sentença, por outro viés, não tem compatibilidade com qualquer disposição legal que venha a cercear o direito de recorrer em liberdade.<sup>225</sup>

Não porque toda a prisão, à exceção do flagrante, só pode ocorrer por *ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente* (art. 5.º, inc. LXI, Constituição Federal) e a fundamentação – sob pena de inexistência ou nulidade – deve ser concreta, com esteio no caso julgado e nas condições pessoais daquele condenado.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de normas que abstratamente vedam a liberdade (ou impõem prisão) – *ex vi legis* – é uma tendência nos tribunais superiores e nesse sentido deve caminhar o processo penal brasileiro nos próximos anos.

Guilherme de Souza Nucci afirma que é preceito pacífico na doutrina (e na jurisprudência) "inexistir prisão preventiva obrigatória, vale dizer, não há nenhum crime que implique em decretação da prisão cautelar, pela simples existência da acusação contra determinado réu"<sup>226</sup>.

Liberdade como regra e prisão em situações de extrema necessidade, com caráter individualizado e sempre em consonância com as especificidades de cada caso em concreto. É um bom caminho, porquanto em tema de direitos e garantias individuais – como é o caso da liberdade – a pior opção é a "produção em série", com decisões padronizadas e fórmulas prontas que servem a todos os casos.

### 3.12 A PRISÃO PREVENTIVA CUMPRIDA FORA DA JURISDIÇÃO DO JUIZ COMPETENTE

Como já ocorria anteriormente, antes da Lei n.º 12.403/2011, existe a possibilidade de a prisão preventiva ser cumprida fora da jurisdição do juiz que a

---

<sup>225</sup> A exemplo do art. 59 da Lei 11.343/06 (Tráfico) e da Lei n.º 9.034/95 (do Crime Organizado), que assim estabelece: "Art. 9.º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei."

<sup>226</sup> NUCCI, G. de S. **As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, p.15.

decretou, nos termos do art. 289 do Código de Processo Penal. Isso normalmente deve ser feito – existem exceções – através de carta precatória.

Questão que não era bem resolvida e foi disciplinada pela referida Lei, é sobre a atribuição de remoção do preso – de quem é a responsabilidade pela transferência. Discutia-se se o responsável por isso era o juiz processante ou o juiz do local da execução do mandado.

Assim estabelece, agora, o Código de Processo Penal:

§ 3.º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

Não só regulamentou a reponsabilidade do juiz processante (aquele que decretou a prisão preventiva), como também estabeleceu um prazo razoável para que isso aconteça – 30 (trinta) dias. Decorrido esse tempo configura-se o constrangimento ilegal passível de ser sanado mediante *habeas corpus*.

Essa norma, vale o registro, pode ser aplicada em analogia para o caso de réus foragidos que estavam cumprindo pena (prisão definitiva) e são recapturados fora da jurisdição do juízo de execução penal. Nessa situação, este será o juízo *processante* (encarregado do cumprimento da pena) e dele será a responsabilidade de *providenciar a remoção do preso*.



## 4 PESQUISA

### 4.1 PESQUISA ENTRE JUÍZES DO PARANÁ

Na busca da opinião de operadores do Direito, daqueles que mais diretamente estão encarregados da aplicação da norma, realizou-se uma pesquisa aleatória e voluntária entre **trinta (30) magistrados do Estado do Paraná**, durante a última semana do mês de julho de 2011, com relação a alguns pontos polêmicos da Lei n.º 12.403/2011.

Foram elaboradas seis (6) questões, de forma objetiva e imparcial, e encaminhadas por meio eletrônico (*email*) para que juízes (do Paraná), com atuação na área criminal, as respondessem:

1. Você entende cabível a conversão do flagrante em preventiva (art. 310, II, CPP) para crimes punidos com pena igual ou inferior a 4 anos (tendo em conta que a situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 313 do CPP)?  
(01) sim            (29) não
2. Você entende cabível a prisão preventiva por descumprimento de outra medida cautelar (parágrafo único, art. 312, CPP) quando o crime é punido com pena igual ou inferior a 4 anos (considerando que a situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 313 do CPP)?  
(27) sim            (03) não
3. Você entende cabível a prisão preventiva por descumprimento de outra medida cautelar (parágrafo único, art. 312, CPP) quando o crime é culposos?  
(26) sim            (04) não
4. Se o juiz, na sentença (387, parágrafo único, CPP), condena por tráfico a uma pena de 4 anos ou menos, você entende cabível a manutenção ou a decretação da preventiva (tendo em conta que a situação não se enquadra em nenhuma das outras hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal e o regime inicial foi fechado – art. 2.º, § 1.º, Lei 8.072/90)?  
(29) sim            (01) não
5. Você acha correto ou adequado dar vista do auto de prisão em flagrante para o Ministério Público antes de decidir conforme o art. 310 do CPP?  
(19) sim            (11) não
6. Você acha que o juiz pode converter o flagrante em preventiva (art. 310, II, CPP) independentemente da manifestação do Ministério Público (art. 282, § 2.º, CPP)?  
(21) sim            (09) não

Participaram magistrados de todas as entrâncias, desde juízes substitutos até juízes de entrância final, com experiência variada, portanto.

As respostas, que já constam no questionário (acima), foram consolidadas em percentuais e comentadas em pontos específicos ao longo deste trabalho. Embora traduzam as primeiras impressões de parte dos juízes do Paraná sobre a Lei n.º 12.403/2011, já servem de parâmetro para avaliação de alguns dos pontos cruciais da nova Lei que, evidentemente, ainda serão bastante debatidos na jurisprudência.

## CONCLUSÃO

Perpassados difíceis períodos em estados totalitários, a sociedade construiu todo um ordenamento jurídico voltado à proteção do cidadão, à proteção do indivíduo como sujeito de direitos. Esse ordenamento jurídico, na seara criminal, resguarda ao cidadão (possível acusado) uma série de garantias, de prerrogativas, a maior parte delas voltadas a defendê-lo de abusos que sejam eventualmente cometidos pelo Estado na persecução penal. Há uma espécie de "barreira de proteção" do sujeito em relação ao Estado – necessária, evidentemente. Ocorre que, em tempos atuais, essa mesma "barreira de proteção", essas mesmas garantias e prerrogativas, principalmente quando demasiadamente estendidas, sobrevalorizadas, têm servido, em muitos casos, para retirar a efetividade do processo penal, para tornar difícil e tormentosa a aplicação da lei penal (seja para condenar ou absolver).

Em função disso o processo penal perde um pouco da sua característica como instrumento da democracia, para se tornar palco de todo um emaranhado de prerrogativas e direitos que passam muito longe da realização da Justiça e da pacificação social. O direito penal, nesses casos, deixa de ser "um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis"<sup>227</sup>. Passa a ser estrada de mão única, onde garantias são usadas contra aqueles que se pretende garantir.

Essa é uma grande questão que se coloca para o processo penal hodierno: como ser efetivo, como aplicar a lei com justiça e ao mesmo tempo não descuidar de garantias individuais; como compreender os direitos e princípios favoráveis ao acusado, dentro de um processo penal, sem fazer com que prestem um desserviço para a eficácia das leis penais, para a pacificação social e para a própria democracia.

---

<sup>227</sup> BRUNO, Aníbal *apud* HAMILTON, S. D. O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.2, n.10, p.07, out./nov. 2001.

Em resultado do referido antagonismo a regulamentação da prisão preventiva assenta, como escreve del Pozzo, na repartição equitativa [...], na satisfação relativa de dois interesses contraditórios: o da necessidade e o da liberdade.<sup>228</sup>

A saída não está nos extremos – um processo inquisitivo ou extremamente garantista – nem exige maior *inflação legislativa*. O melhor norte talvez seja a visão "sinalagmática" no processo penal, cuidando de um lado das garantias do acusado e, de outro, dos interesses da sociedade e da vítima, também fundamento nas medidas cautelares, dentre elas a preventiva.

Foram essas as premissas que nortearam o texto deste trabalho e muitas das conclusões a que se chegou que – pela pontualidade normativa, pela especificidade processual – não poderão aqui ser repetidas.

Por essas premissas se reconheceu que a prisão preventiva tem caráter subsidiário; é, sim, a última *ratio* do processo penal, só devendo ser aplicada quando não se revelar suficiente outra medida cautelar. Mas, nem por isso pode ser desprezada quando a necessidade do caso assim o determinar – em tutela do processo e também de outros interesses constitucionalmente albergados. Não é à toa que, certo ou errado, o legislador insiste na prisão preventiva em *garantia da ordem pública*.

É preciso compreender a prisão preventiva num contexto, em interpretação sistemática e proporcional. Essa ideia de proporcionalidade, sem dúvida, norteou as novas diretrizes desse instituto vindas com a Lei n.º 12.403/2011.

É bem-vinda a nova Lei. Porém, há um longo caminho a percorrer...

Quanto à prisão preventiva, o direito penal e o processual não fizeram ainda aqueles progressos que o livrinho do marquês de Beccaria profetizava possíveis desde o século passado. Às reformas indicadas abstratamente pelo ilustre escritor milanês opõem-se, por uma parte, a ignorância dos legisladores e, por outra, a maldade dos homens.<sup>229</sup>

Prisão preventiva: de medida obrigatória – *ontem* – para excepcional e subsidiária cautela – *hoje*. Todavia – *sempre* como instrumento de um processo penal cuja

---

<sup>228</sup> POZZO, Carlo Umberto del. *La libertà personale nel processo penale italiano*, p.63. *Apud* PINHEIRO R.; MAURÍCIO A. **A constituição e o processo penal**. Reimpressão. Lisboa: Diabril, 1976. p.89-90.

<sup>229</sup> BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Marcilio Teixeira. Notas de rodapé. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p.45.

efetividade e respeito são determinados mais pela convicção de aplicação da lei que pela severidade das penas cominadas aos crimes. Eis a *regra da certeza perfeita*:

É preciso que, à ideia de cada crime e das vantagens que se esperam dele, esteja associada a ideia de um determinado castigo, com as desvantagens precisas que dele resultam; é preciso que, de um a outro, o laço seja considerado necessário e nada possa rompê-lo. Esse elemento geral de certeza que deve dar eficácia ao sistema punitivo implica num certo número de medidas precisas. [...] principalmente que nenhum crime cometido escape ao olhar dos que têm que fazer justiça; nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade.<sup>230</sup>

Essa *regra da certeza perfeita* – com escusas aos que pensam diferente (e não são poucos) – não se coaduna com prisão preventiva pensada e ditada exclusivamente em razão do processo, em visão estrita e fechada. Não porque existe, por detrás do processo mas imediatamente a ele relacionado, um conjunto de bens e direitos (de outros titulares além do acusado) cuja salvaguarda, de Constituição, ao Estado é atribuída.

"O direito não deve ser interpretado em tiras"<sup>231</sup>. A Justiça não se faz pondo na *balança* somente os direitos do imputado; o processo penal não se efetiva com *visão de mão única*; a prisão preventiva, enquanto instrumento, deve tutelar sempre, não só o processo, mas também interesses outros constitucionalmente assegurados.

---

<sup>230</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 36.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p.91-92.

<sup>231</sup> Essa expressão é do Ministro Eros Roberto Grau (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.131-132).

## REFERÊNCIAS

AQUINO, J. C. G. X. de; NALINI, J. R. **Manual de processo penal**. São Paulo: RT, 2009.

BADARÓ, G. H. R. I. Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.01-18, jun. 2011.

BANDEIRA, M. T. **O fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar**: lei n.º 12.403/11. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 25 jul. 2011.

BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1979.

BEDÊ JÚNIOR, A.; SENNA G. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, E. M. **Reforma do código de processo penal**: comentários à Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI P. C. Mais reflexões sobre a lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.01-18, jun. 2011.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. **DOU**, Brasília, DF, 7 nov. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

BRASIL. Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 25 maio 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

BRASIL. Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011

BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2011.

BRASIL. Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal**: base de elaboração do manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal. Brasília, novembro de 2009.

BRASIL. Resolução n.º 137/CNJ, de 13 de julho de 2011. Regulamenta o banco de dados de mandados de prisão, nos termos do art. 289-A do CPP, acrescentado pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, e dá outras providências. **DJ-e**, n130, , p.6-8, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

CAPEZ, F. **Prisão preventiva na nova lei**: polêmica à vista. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

CARVALHO, P. M. **As medidas de coação e de garantia patrimonial**: uma análise prática à luz do regime introduzido pela lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. 2.ed. Portugal - Coimbra: Almedina, 2008.

CASTELO BRANCO, T. **Da prisão em flagrante**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CIPRIANI, M. L. L. A natureza da prisão preventiva: instrumentalidade processual e cautelaridade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.6, n.31, p.45-51, abr./maio 2005.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Parecer n.º 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

CRUZ, D. T. Aspectos controvertidos da prisão preventiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.15, n.68, p.215-261, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.15-16, jun. 2011.

DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Reimpressão. Portugal: Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, R. A.; STOCO R. Hipóteses legais de julgamento preferencial. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.224, p.01-19, jul. 2011

ESPINOLA FILHO, E. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

FERNANDES, A. S. Medidas cautelares. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.224, p.01-19, jul. 2011.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 36.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOMES, L. F.; MARQUES, I. L. (Coord.); BIANCHINI, A. *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HAMILTON, S. D. O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.2, n.10, p.7-17, out./nov. 2001

LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, A. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.01-18, jun. 2011.



\_\_\_\_\_. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas:** lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUIGI, F. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PINHEIRO R.; MAURÍCIO A. **A constituição e o processo penal.** Reimpressão. Lisboa: Diabril, 1976. (Coleção Temas da Constituição).

MOREIRA R. A. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares: comentários à lei n.º 12.403/11. **Lex Magister**, 02 jun. 2011. Doutrina. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=1009&page=1](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=1009&page=1)>. Acesso em: 26 jul. 2011.

NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal.** São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, E. P. de. Atualização do processo penal: lei n.º 12.403, de 05 de maio de 2011. Separata de: \_\_\_\_\_. **Curso de processo penal.** 14.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p.01-71.

PRADO G.; MELCHIOR A. P. Breve análise crítica da lei n.º 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM** – publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.19, n.223, p.01-18, jun. 2011.

RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIBEIRO, V. A. P. **Código de processo penal:** notas e comentários. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

SANNINI NETO, F. Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.32840>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

SANTIAGO, N. E. A. Prisão preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.8, n.31, p.179-192, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização. **Sala de Notícias**, 17 jul. 2011. Especial. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579)>. Acesso em: 21 jul. 2011.

TORNAGUI, H. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV.

\_\_\_\_\_. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.